Verträge auf Belohnung einer freiwilligen Leistung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Matthias Reiner

Gerichtsreferendar aus Tilsit.

Marburg 1933.

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 18. Mai 1933.

Berichterstatter:

Geh. Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard.

Gliederung.

Benutztes Schrifttum.

Best: Beiträge zum Recht der Vorpacht. Diss. Marburg 1930.

Burchard: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Gewerbes der Grund- und Hypothekenmakler und auf welcher Grundlage? Verhandlungen d. 24. Dt. Jur. Tages II S. 235 ff. 1897.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 7. Aufl. 1922.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. I: Allgemeiner Teil Tübingen und Leipzig 1900. II: Schuldverhältnisse 1902.

— Die partiarischen Rechtsgeschäfte. Freiburg i. Br. 1897.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht. II. Bd. 2. Abt.: Die Schuldverhältnisse. 4. Aufl. bearb. von Raape Halle 1915.

Doerr: Der Mäklervertrag im BGB. Seuff. Bl. f. RA. Bd. 70 S. 620 ff. 1905.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum HGB. 3. Aufl. 1930.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB, hrsg. von R. Leonhard. 1./2. Aufl. Berlin 1903.

Endemann: Lehrb. d. Bürgerl. Rechts. 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. I. Allg. Teil, 13. Bearb. von Nipperdey, Marburg 1931. II. Recht d. Schuldverh. 12. Bearb. von H. Lehmann, Marburg 1932.

Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. 2. Bde. Marburg 1889.

Fischer: Die Auslobung. Diss. Göttingen 1898.

Golaszewski: Grundzüge des zivilrechtlichen Mäklervertrages. Diss. Breslau 1914.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1903.

Hassenpflug: Die Vormiete und Vorpacht nach heutigem Recht. Diss. Königsberg 1928.

Henle: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allg. Teil Berlin 1926.

Heymann: Der Handelsmakler. Ehrenbergs Handb. d. ges. Handelsrechts. V. Bd. I. Abt. 1. Hälfte S. 321 ff. Leipzig 1926.

Hoeniger: Die gemischten Verträge. Mannheim u. Leipzig 1910.

Hölder: Zur Lehre von der Wollensbedingung. Iher. Jahrb. Bd. 56 S. 147 ff. 1910.

Jacusiel: Das Recht der Agenten und Mäkler. Heft II, Berlin 1900.

Jakubezky: Bemerkungen zum Entwurf des BGB. München 1892.

Jung: Bürgerliches Recht. (in Stammlers Enzyklopädie).

— Erörterungen zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch usw. Jher. Jahrb. Bd. 69 S. 30 ff. 1920.

Kempke: Die rechtliche Natur des Mäklervertrages. Diss. Rostock 1929.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. I. Allg. Teil 1906. I, 1 Schuldrecht, 1906.

Krahmer: Gegenseitige Verträge. Halle 1904.

Krug: Die Zulässigkeit der reinen Wollensbedingung. Diss. Marburg 1903.

Kuhlenbeck: Der Mäklervertrag. JW 1907 S. 34 ff.

Leonhard, Fr.: Allgemeines Schuldrecht des BGB. München u. Leipzig 1929.

— Besonderes Schuldrecht des BGB. München u. Leipzig 1931.

— Willkür u. Willenserklärung. Jher. Jahrb. Bd. 39 S. 174 ff. 1898.

— Bürgerliches Recht. Lehrbuch in kurzen Sätzen. Marburg 1926.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag. Bd. I Leipzig 1902. Bd. II Leipzig 1908.

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte Breslau 1901.

v. Mayr: Die Auslobung. Wien 1905.

Motive zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Amtl. Ausgabe. Berlin u. Leipzig 1888.

Muskat: Die Bedingung des reinen Wollens des Verpflichteten bei dem Kaufe auf Probe und bei anderen Verträgen. Gruchots Beitr. Bd. 49 S. 472 ff. 1905.

Neubauer: Der nichtkaufmännische Maklervertrag in der Praxis, insbesondere nach pr. ALR. Arch. Bürg. Recht Bd. 6 S. 1 ff. 1892.

Oertmann: Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. 1927. Recht der Schuldverh. 5. Aufl. 1928/29.

— Entgeltliche Geschäfte. München 1912.

— Die Rechtsbedingung. Leipzig 1924.

Planck-Strohal: Kommentar z. BGB. 4. Aufl. 1913 ff.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin 1898.

Raape: Die Wollensbedingung. Halle 1912.

Reichel: Die Mäklerprovision. München 1913.

Reichsgerichtsräte: Kommentar zum BGB. 7. Aufl. 1929.

Riesenfeld: Der Zivilmäkler. Gruchots Beiträge Bd. 36, S. 790 ff. 1892, Bd. 37, S. 27 ff., 257 ff., 530 ff., 814 ff. 1893.

Riezler: Der Werkvertrag. Jena 1900.

Reuling: Die Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler. Gruch. Beitr. Bd. 40 S. 193 ff. 1896.

Rospatt: Zwei Streitfragen des Mäklervertrags. Gruch. Beitr. Bd. 45 S. 546 ff. 1901.

Schneickert: Welche zivilrechtlichen Verbindlichkeiten kann die Mäklerei,

insbesondere die Arbeitsvermittlung begründen? Seuff. Bl. f. RA. Bd. 69 S. 261 ff. 1904.

Semeka: Das Wartrecht. Arch. Bürg. Recht Bd. 35 S. 121 ff. 1910.

Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903.

Simson: Der Begriff des Entgeltes. Diss. Halle 1909.

Staub: Kommentar zum HGB. I. Bd. 14. Aufl. 1932.

v. **Staudinger:** Kommentar zum BGB. 9. Aufl. 1925 ff.

Strohal: Schuldpflicht und Haftung. Festgabe f. Binding 1913 Bd. I.

v. **Tuhr:** Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. 3 Bde. 1914 ff.

Walsmann: Ein Beitrag zu der Lehre von der Wollensbedingung. Iher. Jahrb. Bd. 54 S. 197 ff. 1909.

Weyler: Die rechtliche Natur des Mäklervertrages. Diss. Rostock 1904.

§ 1: Einleitung.

Jeder Wirtschaftsverkehr erfordert den Austausch von Gütern oder von Arbeitsleistungen aller Art. Die Formen bereitzustellen, in denen er sich möglichst reibungslos vollziehen kann, ist Aufgabe der Rechtsordnung.

Sie sucht dieses Ziel vornehmlich mit Hilfe des Schuldverhältnisses (§ 241) zu erreichen. Denn der Grundsatz, daß der Schuldner zu einer fest bestimmten Leistung verpflichtet und der Anspruch des Gläubigers notfalls mit allen Machtmitteln staatlichen Zwanges durchzusetzen ist, bietet die beste Gewähr für eine sichere und daher den Interessen beider Parteien entsprechende Gestaltung der wechselseitigen Beziehungen. Eine klare Durchführung dieses Gedankens sehen wir in den „gegenseitigen Verträgen“ des BGB. Das Geben und Nehmen von wirtschaftlichen Werten hat hier zur Folge, daß jede der Parteien eines Vertrages gleichzeitig Gläubiger und Schuldner ist. Aus der Einheit des Geschäftes ergibt sich die den gegenseitigen Verträgen eigentümliche dreifache Verknüpfung der auf beiden Seiten bestehenden Ansprüche und Verbindlichkeiten hinsichtlich ihrer Entstehung, Geltendmachung und ihres Erlöschens.

Wenn das Gesetz die beiderseitige Verpflichtung als den Regelfall darstellt, so ist damit nicht gesagt, daß dies die einzige Möglichkeit der Gestaltung eines Austauschverhältnisses sei. Häufig kann der eine Teil seine Leistung nicht fest versprechen, und oft sind Zwangsmaßnahmen voraussichtlich undurchführbar und daher unerwünscht. Der Gegner hilft sich dann damit, daß er durch bindende Zusage einer Belohnung für den andern einen Anreiz zu einem bestimmten Tun oder Verhalten zu schaffen und damit zu demselben Erfolge zu kommen sucht. Der Vertrag verpflichtet nicht zur Vornahme der Leistung. Aber er spricht aus, daß nur für diese vollzogene Leistung ein Lohn gewährt wird. Man kann alle Rechtsgeschäfte dieses Inhalts unter den Begriff des Lohnversprechens zusammenfassen [1]).

---

[1]) Auch Siber (Rechtszwang S. 17 f.) weist darauf hin, daß es Fälle eines Leistensollens, denen kein klagbares Recht auf Leistung gegenübersteht, gibt; nämlich wenn jemandem für ein freiwilliges Leisten Vorteile in Aussicht gestellt werden. — Die Auswirkungen des Lohngedankens gegenüber den in Gesetz und Rechtsprechung im Vordergrund stehenden Straf- und Ersatzgedanken hat gelegentlich der Darstellung des Mäklervertrages als erster Reichel (Mäklerprovision Vorwort V S. VI f.) betont. — Vgl. auch Leonhard Bes. Schr. § 121 S. 235.

Das Vorkommen solcher auf Austausch von Leistungen gerichteter Verträge mit nur einseitiger Verpflichtung aufzuzeigen und ihre gemeinsamen Berührungspunkte klarzulegen, ist der Zweck dieser Arbeit.

Als Musterbeispiel beginnen wir mit dem im Gesetz behandelten Mäklervertrag, gehen dann auf den zwar nicht zum Thema im engeren Sinne gehörenden, aber doch ähnlichen Tatbestand der Auslobung ein und stellen hierauf andere vom BGB. nicht erwähnte, praktisch aber häufig vorkommende gleichartige Fälle dar. Zum Schluß geben wir eine Abgrenzung von nicht hierher gehörigen, äußerlich aber ähnlich liegenden Vertragsarten.

1. Kapitel:

Der Mäklervertrag.

§ 2: Vertrag und nicht einseitiges Schuldversprechen.

Die Rechtsnatur des Mäklervertrages ist lebhaft umstritten. Schon daß es sich überhaupt um einen Vertrag handelt, wird von einigen Schriftstellern bezweifelt. So meinten namentlich Reuling [2]) und Burchard [3]), es liege ein einseitiges Schuldversprechen vor, eine Art Auslobung, bei der die Verpflichtung des Bestellers aber nicht aus einer Erklärung an die Öffentlichkeit, sondern an eine bestimmte Person herrühre. Dabei ist es nicht klar ersichtlich, ob die Vertragsnatur hier vollständig geleugnet werden soll. Burchard [4]) behauptet z. B., der Mäklervertrag, wenn man von einem solchen überhaupt reden wolle, sei ein Vertrag sui generis, „eigentlich" nur eine einseitige Erklärung des ausdrücklich oder stillschweigend einen Mäklerlohn Versprechenden.

Gegen eine falsche Auffassung der Ausführungen Reulings tritt Heymann [5]) ein. Er betont neben dem Vertragscharakter des Mäklervertrages ebenfalls die in den Wirkungen zweifellos vorhandene Ähnlichkeit mit der Auslobung.

Demgegenüber haben wir festzustellen, daß der Mäklervertrag ein Vertrag ist, wie es schon die gesetzliche Bezeichnung in der Überschrift des 8. Titels im Abschnitt „Einzelne Schuldverhältnisse" deutlich zum Ausdruck bringt. So spricht auch § 654 davon, daß der Mäkler dem Inhalte des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig wird, und die §§ 653 I und 655 vom vereinbarten Mäklerlohn. Vertrag ist aber die gesetzliche Benen-

---

[2]) Gruchot 40, 207 ff.

[3]) Verhandlungen des 24. Dt. Jur. Tages II S. 289 f.

[4]) aaO. S. 290.

[5]) aaO. S. 360 Anm. 4.

nung für den in den §§ 145 ff. geregelten Tatbestand. Er setzt sich aus Antrag und Annahme zusammen, sodaß man die Behauptung, der Mäklervertrag sei ein einseitiges Lohnversprechen, jedenfalls nicht in dem Sinne aufstellen darf, als bedürfe es nicht der Annahme. Der Begriff der Einseitigkeit ist nicht bezüglich der Begründung, sondern hinsichtlich des Inhalts des Geschäfts zutreffend. Diese Feststellung, daß der Mäklervertrag nur einseitige Verpflichtungen erzeuge, bedarf im folgenden noch des näheren Beweises.

§ 3: Keine Hauptverpflichtung des Mäklers.

Um das Wesen des Mäklervertrages erfassen zu können, untersuchen wir zunächst die Rechtsstellung der einen Partei, des Mäklers. Wir betonen dabei, daß wir uns lediglich an die in den §§ 652 ff. BGB geregelte Geschäftsart zu halten haben. Ein großer Teil der herrschenden Unklarheiten rührt daher, daß man dies nicht beachtet und andere, möglicherweise auch vorkommende Mischformen hier einzureihen versucht. Ob man diese auch unter den Begriff der Mäkelei bringen will oder besondere Bezeichnungen hierfür suchen soll, ist eine sachlich nicht ins Gewicht fallende Frage der Terminologie. Wir werden auf verschiedene Abarten erst eingehen, nachdem wir den reinen Typus des Mäklervertrages herausgestellt haben, d.h. nachdem wir untersucht haben, wie sich der Inhalt des vom Gesetz als Mäklervertrag im 8. Titel behandelten Gebildes in seiner Eigentümlichkeit zu den anderen Vertragskategorien verhält.

Im wissenschaftlichen Schrifttum lassen sich bezüglich der Stellung des Mäklers zwei große Gruppen von Ansichten unterscheiden. Nach der einen Auffassung ist der Mäkler stets zum Tätigwerden verpflichtet. Die Gegenmeinung leugnet eine solche Verbindlichkeit, wobei man wieder darüber streitet, ob eine solche Pflicht dem Wesen des Mäklervertrages geradezu widerspreche oder ob sie nicht doch möglich und zulässig und nur für die Beurteilung unerheblich sei.

Zunächst ist auf die Gründe, die von den Vertretern der erstgenannten Auffassung angegeben werden, einzugehen.

I.

Ihre ausführlichste Behandlung findet sich bei Lotmar [6]):

1.) Es werde nach dem Gesetz (§§ 652, 655) dem Mäkler Lohn versprochen „für den Nachweis oder für die Vermittlung“ und nicht bloß für den Fall des Nachweises oder für den Fall der Vermittlung. Die gesetzliche Fassung lasse also den Nachweis oder die Vermittlung als Leistung erscheinen, dem Mäklerlohn werde damit der Charakter des Entgeltes verliehen. Das-

---

[6]) Arbeitsvertrag I S. 283 ff.

selbe ergäbe ein Vergleich mit den §§ 615, 641, 689. Darauf ist zu erwidern, daß aus dem Wortlaut nichts über eine Verpflichtung zur Leistung zu entnehmen ist. Die Frage des Entgeltes, d. h. der wirtschaftlichen Verknüpfung zweier Leistungen, ist streng zu unterscheiden von der der rechtlichen Verbindlichkeit. Es ist sehr wohl möglich, daß eine Leistung erbracht wird, ohne daß eine Verpflichtung zu ihr besteht, eben nur um des Anreizes willen, im Austauschwege einen Gegenwert zu erhalten. Im übrigen spricht auch bei der Auslobung § 657 von einer Belohnung, also Vergütung oder Leistung für die Vornahme einer Handlung, ohne daß deshalb jemand je auf den Gedanken gekommen wäre, hieraus eine Verpflichtung zur Vornahme der Handlung abzuleiten.

2.) In § 653 werde mit Bezug auf den Mäklerlohn von Vergütung gesprochen, was hier wie beim Dienst- und beim Werkvertrag auf Gegenleistung gehe und hier wie dort etwas zu Entgeltendes postuliere oder impliziere. — Hiergegen sprechen in gleicher Weise die zu 1) angeführten Erwägungen. Das Austauschverhältnis zwischen Entgelt und Gegenleistung beweist noch nicht das Vorhandensein einer Verpflichtung zur Leistung.

3.) In § 653 sei sogar unmittelbar „die dem Mäkler übertragene Leistung" gesagt. Die dem Mäkler übertragene sei eine vom Mäkler übernommene Leistung. „Leistung" bezeichne im BGB, wie Dutzende von Stellen lehrten, etwas in obligatione Befindliches, einem Gläubiger von seinem Schuldner zu Gewährendes. — Es ist nicht ersichtlich, mit welchem Rechte Lotmar hier die kühne Gleichstellung von „übertragen" und „übernommen" vollziehen kann. „Übertragen" ist doch nur vom Standpunkt des Auftraggebers gesehen und bedeutet nicht mehr als ein Gestatten der Vermittlungstätigkeit [7]). Daß das BGB auch in solchen Fällen von Leistung spricht, wo eine Verbindlichkeit nicht besteht, zeigt uns § 656. Auf den Gesetzeswortlaut läßt sich diese Ansicht also nicht stützen.

Auch Kempke [8]) kommt zu dem Ergebnis, daß das Wort „Leistung" in § 653 unmöglich als terminus technicus gebraucht sein kann. Er führt insbesondere die §§ 1105, 1108 in Verb. mit § 1142 als Beleg dafür an, daß der gesetzliche Sprachgebrauch nicht immer auf eine Verbindlichkeit hindeutet.

4.) Schließlich führt Lotmar aus, es sei auch unwahrscheinlich, daß derjenige, der den Mäklerlohn verspreche und sich selbst damit dem Mäkler haftbar mache, nicht auch den Mäkler sich haftbar machen, vielmehr dem Belieben dieses Mitkontrahenten anheimstellen wolle, ob die Arbeit vorgenommen werde

[7]) „Die Worte ‚dem Mäkler übertragene Leistung' deuten nur an, daß die Leistung vom Auftraggeber gewollt ist, nicht, daß sie Gegenstand einer Verpflichtung des Mäklers sei". Siber Rechtszwang, S. 19.

[8]) aaO. S. 22.

oder nicht. — Dagegen ist zu sagen, daß es dafür, ob eine Tätigkeitspflicht besteht, unmöglich auf den inneren Willen einer Partei ankommen kann, sondern nur auf den dem Gesetz und der vertragsmäßigen Regelung entsprechenden Vertragsinhalt. Eine abweichende ausdrückliche Vereinbarung ist nach § 305 durchaus denkbar. Es fragt sich aber nur, ob man dann auch noch von einem Mäklervertrag i. S. der §§ 652 ff. sprechen kann. Für eine stillschweigende Vermutung der Arbeitsverpflichtung des Mäklers bietet das Gesetz jedenfalls keinen Anhalt.

II.

Von anderen Ausgangspunkten kommt Crome [9]) ebenfalls zur Annahme einer Tätigkeitspflicht des Mäklers, jedenfalls im Regelfalle. Daneben gibt er aber auch zu, daß sie vertraglich ausgeschlossen werden könne. Der Mäklervertrag setze ein besonderes Vertrauensverhältnis voraus. Es heiße geradezu eine Prämie auf die Verletzung von Treu und Glauben, Gewissenhaftigkeit und Redlichkeit im Rechtsverkehr zu setzen, wenn man in einem Falle, wo der eine Teil genötigt sei, dem anderen sein ganzes Inneres aufzudecken, sich gänzlich seiner Treue, Geschicklichkeit und Umsicht zu überlassen, den anderen nur für dolus und Delikt haftbar mache. Darauf ist zu erwidern, daß es doch Sache des Auftraggebers ist, sich einen vertrauenswürdigen Mäkler auszusuchen und sich bei der Aufdeckung seiner Absichten Zurückhaltung aufzuerlegen. Im übrigen ist das Vorhandensein einer Verschwiegenheits- und Treuepflicht, die auch von uns nicht geleugnet wird, kein Beweis für einen Anspruch des Auftraggebers auf Arbeit und Bemühungen von seiten des Mäklers. Aus dem negativen Nichtschädigendürfen folgt noch lange nicht das positive Handelnmüssen.

III.

Mit Gründen der Billigkeit unterstützt Dernburg [10]) die gleiche Ansicht. Es würde den Grundsätzen der Gerechtigkeit und der Gleichberechtigung beider Parteien wenig entsprechen, dem Auftraggeber [11]) die Vertragsklage gegen den Mäkler zu versagen.

Nun ist aber, wie wir später sehen werden, der Auftraggeber gar nicht verpflichtet, die ihm vom Mäkler gebotene Gelegenheit zum Abschluß eines

---

[9]) Partiarische Rechtsgeschäfte S. 413 ff. und System II § 272 S. 709.

[10]) Bürg. Recht II, 2 § 338 II S. 592.

[11]) Das Wort „Auftraggeber" gebrauchen wir nicht im technischen Sinne des § 662, sondern als Bezeichnung für den Besteller oder Geschäftsherrn des Mäklervertrages, für den sich eine einheitliche Benennung nicht eingebürgert hat.

Vertrages zu benützen. Es steht ganz in seinem Belieben, ob er mit dem ihm zugeführten Partner überhaupt verhandeln will oder nicht. Bei dieser Sachlage würde es jedem Rechtsempfinden widersprechen, wenn man, obgleich die Vergütung für die Arbeit und sogar für die Aufwendungen des Mäklers ganz vom Willen des Geschäftsherrn abhängt, dem Besteller auf jeden Fall einen erzwingbaren Anspruch auf Tätigkeit des Mäklers in die Hand geben wollte. Viel mehr entspricht es der von Glück und Zufall abhängigen, aleatorischen Natur des ganzen Geschäfts, daß auch dem Mäkler, für den ja in der Aussicht auf den Lohn schon ein genügend großer Anreiz besteht, in Erwartung freiwilliger Leistung freie Wahl gelassen wird.

Man kann von einem Mäkler unmöglich verlangen, noch Arbeit und Geld aufzuwenden, wenn er etwa gemerkt hat, daß sein Auftraggeber äußerst wählerisch ist und so gut wie gar keine Aussicht auf das Zustandekommen eines Vertrages besteht.

IV.

Die regelmäßige Annahme einer Verpflichtung des Mäklers zur Tätigkeit wird ferner u. a. von Kuhlenbeck [12]), Cosack [13]), Kohler [14]), Weyler [15]) und Golaszewski [16]) vertreten. Sie beziehen sich in der Hauptsache auf die Ausführungen der eben besprochenen Schriftsteller, geben z. T. auch gar keine Begründung ihrer Ansicht. Im übrigen erkennen die meisten von ihnen an, daß abweichende Vereinbarungen dem Wesen des Mäklervertrags nicht widersprechen.

V.

Nachdem wir gesehen haben, daß die von der Gegenseite vorgebrachten Darlegungen nicht ausreichen, um einen Anspruch des Bestellers auf Bemühungen des Mäklers zu rechtfertigen, haben wir jetzt die Gründe aufzuzeigen, die uns zu der Annahme veranlassen, daß der Mäklervertrag, so wie das Gesetz ihn behandelt, keine Hauptverbindlichkeit zum Tätigwerden auferlegt.

1.) Wir werfen zunächst einen kurzen Blick auf die geschichtliche Entwicklung des in Frage stehenden Gebildes. Die römischen Quellen behandeln das, wie die Bezeichnung „pactum proxeneticum" zeigt, von den Griechen übernommene Institut als einen Vertrag eigener Art.

---

[12]) JW 1907 S. 34.

[13]) Lehrb. 7. Aufl. 1922 I § 214 S. 613.

[14]) Lehrb. II, 1 § 140 S. 374 ff. (Mäklervertrag als eine Sonderart des Werkvertrages).

[15]) aaO. S. 38 ff., 51.

[16]) aaO. S. 27 ff.

Die Einordnung unter die locatio conductio operarum oder operis ist deshalb nicht möglich, weil Dienste höherer Art (operae liberales), als welche sich die Bemühungen des Mäklers darstellen, niemals Gegenstand eines Dienst- oder Werkvertrages sein können. Sie wird auch von der einzigen Digestenstelle, die den Mäklerververtrag behandelt, (Dig. 50, 14) in der lex 2 ausdrücklich abgelehnt („ . . . nec ex locato conducto erit actio"). Ebenso fällt er nicht unter das mandatum, denn dieses war stets unentgeltlich. Der Mäkler war auch im Gegensatz zum Beauftragten, wie zum Dienst- oder Werkunternehmer zu einer Tätigkeit nicht verpflichtet. Man zählte das proxeneticum zu den sog. Innominatkontrakten und gab dem Mäkler zwar keine actio, wohl aber eine extraordinaria cognitio auf den Mäklerlohn[17]). Aus diesem Umstand ist ersichtlich, daß eine Leistungspflicht für den Mäkler nicht bestand[18]). Die lex 2 Dig. 50, 14 verweist den Geschäftsherrn bei vorsätzlicher Schädigung durch den Mäkler lediglich auf die actio doli. Hätte der Mäkler dagegen eine Leistungspflicht, so müßte er doch in erster Linie aus dem Vertrage haften. Für das römische Recht ist eine Tätigkeitspflicht des Mäklers also abzulehnen.

Das gemeine Recht, in das die erwähnte Digestenstelle mitaufgenommen wurde, verwischte den Unterschied zwischen Nominat- und Innominatkontrakten. Der Mäklerlohn konnte wie jede andere Forderung eingeklagt werden. Daß hieraus für den Mäkler eine Verpflichtung zum Handeln entspringe, wurde von der herrschenden Meinung abgelehnt. Teilweise versuchte man eine Einreihung in die Kategorie des Dienst- oder Werkvertrags oder des Auftrags. Die Bedenken hiergegen sind dieselben wie im römischen Recht.

Das ALR (II. 8. §§ 1337 ff., 1398) und das HGB gaben zu der Frage der Tätigkeitspflicht des Mäklers keine bestimmte eindeutige Stellungnahme. Das sächsische BGB (§ 1255) und ihm folgend der Dresdener Entwurf (Art. 675) bestimmten, daß eine Klage auf Nachweisung oder Vermittlung nicht stattfinde. Diese Vorschrift wurde später gestrichen. Die Motive[19]) begründen das damit, daß der Vertrag im praktischen Leben verschiedenartige Gestaltung erfahren könne und daß es bedenklich sein würde, eine Rechtsregel aufzustellen, welche für viele Fälle passe, während sie für andere Fälle unpassend erscheine. Deshalb sei es vorzuziehen, von einer Entscheidung, wie der Mäklervertrag in der fraglichen Beziehung aufzufassen sei, abzusehen. Aus der Unterlassung der ausdrücklichen Ablehnung der Tätigkeitspflicht wird sich also nicht der Schluß ziehen lassen, daß damit das Gegenteil

---

17) Dig. 17, 1, 7.

18) Vgl. Dernburg Bürg. R. II § 337, I; Riesenfeld Gruchot 37 S. 60 Anm. 100.

19) Motive II S. 511.

bestimmt sein sollte. U. E. spricht die Vermutung vielmehr dafür, daß dieser Punkt so zu behandeln ist, wie es der geschichtlichen Entwicklung des Mäklervertrages im römischen und gemeinen Recht entspricht. Denn etwas völlig Neues und vom Althergebrachten Abweichendes zu schaffen, beabsichtigte man nicht.

2.) Während schon die historische Betrachtung des Begriffs des Mäklervertrages unsere Ansicht bestätigt, finden wir eine weitere Stütze in der Auslegung des Gesetzestextes. § 652 I, auf den es hier ankommt, lautet: „Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande kommt.“ Vergleichen wir diese Vorschrift mit den Bestimmungen des § 611: „Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet“, § 631: „Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet“ und ebenso auch mit den §§ 433, 535, 662 und 688, so erkennen wir, daß das Gesetz überall da, wo es für den einen Vertragsteil einen Anspruch, d. h. das Recht, von dem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194), geben will, dies ausdrücklich hervorhebt. Im § 652 ist von einer Verpflichtung des Mäklers nicht die Rede. Nun wird hiergegen eingewandt, § 652 solle gar keine Definition des Mäklervertrages sein, er greife ebenso wie die folgenden Paragraphen nur ein paar wichtige Punkte heraus. Das mag richtig sein, aber die Frage, ob der Mäkler zur Tätigkeit verpflichtet ist, ist für die Natur des ganzen Vertrages von ausschlaggebender Bedeutung. Und gerade deshalb darf man die fehlende diesbezügliche positive Bestimmung nicht willkürlich unterschieben. Daß die Parteien eine derartige besondere Vereinbarung treffen können, wird von uns nicht bestritten. Nur haben wir es dann nicht mehr mit dem Regelfall des § 652 zu tun. Im übrigen ist gerade der Hinweis auf ausdrückliche Parteiabmachungen, den verschiedene Schriftsteller geben, ein Beweis dafür, daß sich die Tätigkeitspflicht nicht unmittelbar aus dem BGB ableiten läßt.

Auch die Fassung des § 653 rechtfertigt nicht eine Auslegung des Gesetzes i. S. der Gegenmeinung, wie wir es schon im einzelnen bei Besprechung der Lotmarschen Ansicht gezeigt haben.

3.) Daß die Billigkeit zugunsten unserer Entscheidung spricht, wurde ebenfalls schon oben berührt. Die Tätigkeit des Mäklers ist in weitestem Umfange von Zufälligkeiten, wie vom guten Willen des Bestellers abhängig. Noch viel mehr ist es der Erfolg seiner Bemühungen. Es wäre ungerecht, dem Mäkler eine Tätigkeit zuzumuten, bei der er noch nicht einmal weiß, ob er seine baren Auslagen ersetzt bekommen wird. Denn § 652 II macht auch die

Erstattung von Aufwendungen von dem Zustandekommen des zu vermittelnden Vertrages abhängig. Aber auch sein Lohn hängt davon ab, und das ist der beste Ansporn für ihn, alle notwendigen Schritte zu unternehmen. Das In-Rechnung-Stellen des Interesses und der Gewinnsucht des Mäklers ist ein besserer Anreiz als die Drohung mit Zwangsmaßnahmen. Reuling [20]) hat diesen Gedanken in folgendes anschauliche Bild gebracht: „Der Verkehr wählt nach den Zwecken die Mittel. Er schwingt nicht zwecklos die Peitsche der rechtlichen Verpflichtung. Der Verkehr ist nicht unverständiger als der Kutscher, der die Peitsche gebraucht, wenn es bergan geht, und der sie ruhen läßt, wenn seine Rosse auf ebener Bahn dem heimischen Stall und der gefüllten Krippe zueilen."

4.) Daß die Annahme der Tätigkeitspflicht von äußerst geringem Wert ist, zeigt ein Blick auf ihre praktischen Auswirkungen. Setzen wir einmal den Fall, ein Mäkler, der zum Nachweisen oder Vermitteln eines Vertrages verpflichtet wäre, hätte nichts unternommen. Das dürfte selten vorkommen, denn in der Regel pflegen die Mäkler eher zu eifrig als zu gleichgültig zu sein. Dann hätte der Besteller einen Anspruch auf Bemühungen des Mäklers und könnte notfalls darauf klagen. Da macht schon die Fassung der Klageschrift erhebliche Schwierigkeiten. § 253 Abs. II ZPO verlangt für die Klageschrift einen bestimmten Antrag. Nun ist die Tätigkeit eines Mäklers, der vermitteln oder Gelegenheit nachweisen soll, derartig unbestimmbar und unsicher, daß es sehr schwer fallen wird, die festumrissenen Handlungen anzugeben, zu denen der Mäkler verurteilt werden soll. Vermittlung und Nachweis erfordern nicht zu beschreibende und auch nicht erzwingbare persönliche Geschicklichkeit, Verhandlungsfähigkeit und Feinfühligkeit. Eine Klage des Bestellers wäre also schon aus diesem Grunde undurchführbar. Aber selbst wenn er ein obsiegendes Urteil erzielen würde, so würden sich in der Zwangsvollstreckung noch größere Mißstände ergeben [21]). Da der Gläubiger gerade auf die Beschäftigung dieses Mäklers so großen Wert legt, ist die vorzunehmende Handlung als nicht vertretbar anzusehen. Nach § 888 ZPO ist der Schuldner zur Ausführung einer solchen Handlung, die durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann, durch Geldstrafe oder Haft anzuhalten, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt. Vermittlung erfordert Mitwirkung des Auftraggebers, eine auf sie hinzielende Verurteilung wäre also nach § 888 ZPO nie vollstreckbar. Für den Nachweis hat die Erzwingbarkeit wohl nur dann Vorteil, wenn der Mäkler böswillig nicht handelt, und das dürfte, da es gegen sein eigenes Interesse ist und ihm selbst seine Lohnaussichten nimmt, kaum vorkommen. Und wenn er nicht in der Lage ist, einen Partner nachzuweisen, dann wird auch mit Haft und Geldstrafe wenig zu erreichen sein.

[20]) Gruchot 40 S. 230.

[21]) Jacusiel aaO. S. 14.

Diesen Erwägungen können sich auch die Anhänger der Tätigkeitspflicht nicht verschließen. Sie erkennen an, daß eine Zwangsvollstreckung gegen den Mäkler fast regelmäßig undurchführbar ist und verweisen den Auftraggeber auf Schadensersatz wegen unterlassener Vermittlung, insbesondere auf § 283 [22]). Dazu ist zu sagen, daß es dem Besteller fast immer unmöglich sein wird, einen bestimmten Schaden, besonders aber dessen genaue Höhe, nachzuweisen. Er hätte nicht nur darzulegen, daß der Mäkler eine Möglichkeit zur Vermittlung ungenutzt gelassen hat, sondern auch, daß ein Vertrag zu feststehenden Bedingungen mit dem anderen Teile hätte zustandekommen können, falls der Mäkler sich hierum bemüht hätte.

Daß die mit so viel Mühe konstruierte Verpflichtung des Mäklers zum Handeln nur dogmatischer Natur ist und keinerlei praktischen Wert besitzt, zeigt die Bemerkung Neubauers [23]), daß beim Kammergericht noch niemals eine Klage auf Erfüllung des Mäklervertrages gegen den Mäkler erhoben sei.

Eine Hauptverbindlichkeit des Mäklers wird daher im Schrifttum aus den von uns angegebenen Gründen mit überwiegender Mehrheit abgelehnt [24]). Das Reichsgericht kommt in einer Reihe von Entscheidungen zu demselben Ergebnis [25]).

§ 4: Nebenpflichten des Mäklers.

Wenn wir festgestellt haben, daß den Mäkler keine Hauptverpflichtung trifft, so ist damit noch nicht gesagt, daß der Vertrag ihm gar keine Pflichten auferlegt.

I.

Zwar braucht er überhaupt nichts zu tun, wenn er aber doch tätig wird, dann hat er so zu handeln, wie Treu und Glauben es von ihm verlangen

[22]) so z. B. Dernburg Bürg. R. II 2 § 338 II S. 592; Crome System II § 272 S. 709; Kuhlenbeck JW 1907, S. 34; Weyler aaO. S. 45 f.

[23]) Arch. Bürg. R. Bd. 6 S. 10.

[24]) so von: Reichel aaO. S. 8 f.; Riezler aaO. S. 91; Doerr Bl. f. RA. 70 S. 620 ff.; Burchard aaO. S. 289 f.; Jacusiel aaO. S. 4, 10, 13; Schneickert Seuff. Bl. 69 S. 264; Heymann aaO. S. 360 Anm. 6; Siber Rechtszwang S. 20; Endemann I § 176, 2 a S. 1113; Leonhard Bes. SchR. § 121 S. 236; Oertmann § 652 Vorb. 3 a b; Warneyer § 652 Bem. I; Staudinger § 652 Vorb. 6; RGRK § 652 Bem. 1; Staub § 93 Vorb. 2; Planck § 652 Vorb. V 4 a; Goldmann-Lilienthal § 180, I 2 a S. 679 f.; Jung Bürg. R. § 204 S. 901 f.; Düringer-Hachenburg § 93 Vorb. 8.

[25]) z. B. RG in: JW 1915, 1351 Nr. 2; JW 1911, 758 Nr. 15; Warneyer 1908 Nr. 144.

(§§ 157, 242). Dazu gehört im einzelnen folgendes: Der Mäklervertrag begründet ein besonderes Vertrauensverhältnis [26]). Oft ist der Auftraggeber genötigt, dem Mäkler, damit dieser erfolgreich tätig sein kann, seine ganze Lage aufzudecken, die äußersten Bedingungen anzugeben, unter denen er abschließen will, und die Motive zu nennen, die ihn zu diesem Schritt veranlassen. In solchem Falle hat der Mäkler Verschwiegenheit zu bewahren über das, was ihm vom Besteller anvertraut wurde, unter Umständen zunächst auch noch dessen Namen geheimzuhalten [27]).

Ferner hat der Mäkler bei seinen Bemühungen alle im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beobachten. Insbesondere muß er sich an die Weisungen seines Geschäftsherrn, namentlich an dessen Angaben über nähere Einzelheiten des abzuschließenden Vertrages, halten. Wie weit er davon abzuweichen berechtigt ist, wird nach der Lage des einzelnen Falles zu beurteilen sein. Auch hier wird man den wahren Sinn zu suchen haben und nicht bloß am Wortlaut der Anweisungen kleben dürfen. Die Erzielung günstigerer Bedingungen dürfte ein Abweichen in der Regel rechtfertigen. Unter Umständen kann zur Sorgfaltspflicht auch die zur Erkundigung nach der Sicherheit, Vertrauenswürdigkeit und den Vermögensverhältnissen des in Aussicht genommenen Vertragspartners gehören [28]). Soweit dem Mäkler bedenkliche Tatsachen auf irgendeine Weise bekannt geworden sind, muß er sie seinem Auftraggeber mitteilen [29]). Er hat also sein eigenes Interesse, das auf Abschluß um jeden Preis geht, hinter dem des Geschäftsherrn zurückzustellen. Über den Stand der Verhandlungen muß er den Besteller auf dem Laufenden halten und ihm über das Ergebnis seiner Bemühungen Bericht erstatten [30]). Eingriffe, die die Verhandlungen der Parteien stören könnten, hat er zu unterlassen. Es kann auch vorkommen, daß er seinem Auftraggeber Rat zu erteilen hat, etwa über Schätzung und Wert eines bestimmten Gegenstandes oder über ein Formerfordernis des in Aussicht genommenen Geschäfts.

Zu diesen unter den Begriff „Treupflichten" zusammenfaßbaren Obliegenheiten des Mäklers gehört auch der im § 654 geregelte Tatbestand, demzufolge er nicht dem Inhalt des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig sein darf.

---

[26]) Vgl. hierzu Planck § 652 Vorb. V 4 a.

[27]) so auch Leonhard Bes. SchR. § 123 S. 239; Oertmann § 652 Bem. 1 b.

[28]) s. RG Recht 1911 Nr. 1924.

[29]) RG JW 1910, 284 Nr. 15; RG Recht 1921 Nr. 539; RG Seuff. Arch. 56 Nr. 24, Nr. 73, Nr. 148.

[30]) RG Recht 1912 Nr. 735.

II.

An die Verletzung der eben aufgezählten Pflichten des Mäklers zur Verschwiegenheit, Sorgfalt und Treue lassen sich zwei verschiedene Rechtsfolgen knüpfen.

Erstens geht er, falls er die Nichtbeachtung im Rahmen des § 276 zu vertreten hat, seines Mäklerlohnes verlustig [31]). Das ergibt sich aus einer entsprechenden Anwendung des in § 654 für einen Sonderfall ausgesprochenen Grundsatzes [32]) und aus der Erwägung, daß der Geschäftsherr den Mäklerlohn nur für vertragsmäßige, nicht aber für vertragswidrige Ausführung zu zahlen verpflichtet sein kann.

Zweitens haftet der Mäkler aus dem Mäklervertrag auf Schadensersatz gemäß den Bestimmungen der §§ 276, 280, 286, 249 ff. Ein sicher zu erwartender, nur durch das Gebahren des Mäklers entgangener Gewinn ist also nach § 252 ebenfalls zu erstatten. Bei erheblicher Verletzung seiner Treupflichten verliert der Mäkler auch dann, wenn der angerichtete Schaden die Höhe des vereinbarten Lohnes nicht erreicht, den Anspruch auf die ganze Provision.

§ 5: Die Verbindlichkeit des Geschäftsherrn.

I.

Wir haben uns nun mit dem anderen Teil des Mäklervertrages zu beschäftigen und zu untersuchen, welcher Art die von dem Besteller übernommenen Verpflichtungen sind. Da das Gesetz uns in diesem Falle greifbarere Anhaltspunkte bietet, gehen wir von der Bestimmung des § 652 aus: „Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder für die Vermittlung eines Vertrages einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande kommt.“ Es wird also die Verbindlichkeit des Geschäftsherrn zur Provisionszahlung abhängig gemacht von dem Zustandekommen des angestrebten Vertrages, also von einem zukünftigen und, da es noch gar nicht bekannt ist, ob dies je der Fall sein wird, auch ungewissen Ereignis. Eine solche, dem Rechtsgeschäft eingefügte und seine Wirksamkeit beeinflussende Bestimmung heißt „Bedingung“. Die große Menge der Bedingungen hat man nach verschiedenen Gesichtspunkten geordnet und so u. a. auch die Gruppe der sog. „Rechtsbedingungen“ geschaffen. Die

---

[31]) ebenso: Staub § 93 Vorb. 38; Reichel aaO. S. 132 ff.; Planck § 652 Vorb. 4 a.

[32]) so RG in: Recht 1907 Nr. 3489; 1910 Nr. 3337; 1911 Nr. 2863; DJZ 1912 S. 515.

Unterscheidung gründet sich darauf, daß das einstweilige Fehlen der Wirksamkeit des Geschäfts in einem Falle auf Parteivereinbarung beruht, während es bei der condicio iuris auf das Gesetz, sei es auf seine ausdrückliche Bestimmung oder auf die besondere Eigenart des Geschäfts, zurückzuführen ist. Man wird daher gut daran tun, letztere im Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen Bedingung als gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung zu bezeichnen. Wir zerlegen somit das Rechtsgeschäft in den Tatbestand, der die den Rechtserfolg begründenden Willenserklärungen enthält, und diejenigen Umstände, die hinzutreten müssen, um es wirksam werden zu lassen. Soweit diese Wirksamkeitsvoraussetzungen nachholbar sind, handelt es sich um die sog. Rechtsbedingungen [33]).

Im § 652 haben wir es mit einer solchen gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzung zu tun. Denn die Verpflichtung zur Lohnzahlung ist zwar schon vorher begründet, wird aber erst durch Erfüllung dieser gesetzlichen Voraussetzung wirksam. Daß es sich nicht um einen Tatbestandsteil des Mäklervertrages handelt, etwa so, wie für den Eigentumserwerb Einigung und Übergabe zusammenkommen müssen, ergibt sich daraus, daß der Mäklervertrag nur wie jeder andere Vertrag übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme, erfordert. Wollte man ihn als noch nicht vollständig behandeln, dann gäbe es auch noch keine Treupflichten des Mäklers. Das wäre ein nicht zu billigendes Ergebnis. Im übrigen ist einer solchen Auffassung nur der Vorwurf der Künstelei zu machen, irgendwelche Vorteile bietet sie dagegen nicht [34]).

Wenn wir festgestellt haben, daß § 652 einen Fall der Rechtsbedingung enthält, so sind wir uns darüber klar, daß wir damit zwar eine Bezeichnung, aber nicht viel mehr gewonnen haben. Denn das Gesetz schweigt über dieses Gebilde, und über seine Behandlung herrscht im Schrifttum noch große Unklarheit. Man wird am besten weiter kommen, wenn man wegen der auffallenden Ähnlichkeit eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Bedingung, soweit dem nicht deren besondere Eigenarten entgegenstehen, für zweckdienlich hält [35]).

Zwei Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit der Mäklerlohn verdient ist: Der Mäkler muß tätig geworden, und der erstrebte Vertrag muß infolge dieser Tätigkeitspflicht zustande gekommen sein.

---

[33]) Vgl. hierzu: v. Tuhr II, 2 § 80 V S. 281 f.; Enneccerus I § 136 II B 3 S. 446; Oertmann Rechtsbedingung S. 28; Staudinger § 158 Vorb. 8 a; RGRK § 162 Bem. 2; Leonhard KS S. 43; Heymann aaO. S. 360.

[34]) s. Oertmann Rechtsbed. S. 44, der, wenn auch mit etwas anderer Begründung, zu demselben Ergebnis gelangt.

[35]) so auch Oertmann Rechtsbedingung S. 28. Die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 158 ff. wird dagegen geleugnet von v. Tuhr II, 2 § 80 V S. 282; Planck § 158 Bem. 8 b.

1.) Was den ersten Bestandteil dieser Doppelvoraussetzung betrifft, so ist festzustellen, daß Nachweis und Vermittlung stets irgendwelche, wenn auch noch so geringe positive Handlung des Mäklers erfordern. Die Pflicht zu einem bloßen Unterlassen kann nicht genügen. Neubauer [36]) bringt zur Begründung seiner gegenteiligen Ansicht als Beispiel den Fall, es wird einem Hausverwalter vertraglich eine Belohnung dafür zugesagt, daß er keine dem Verkauf des Hauses hinderlichen Handlungen vornehme. Aber dazu ist zu sagen, daß man diese Abmachung keinesfalls als Mäklervertrag bezeichnen kann. Denn es dürfte schwer fallen, diesen Sachverhalt als Nachweisung oder Vermittlung eines Vertrages zu bezeichnen [37]).

Wenn wir die Tätigkeit des Mäklers als den einen Teil der Doppelvoraussetzung für das Wirksamwerden der Lohnzahlungspflicht auffassen, so können wir hier ebenfalls Parallelen zum Recht der Bedingung aufdecken. Man pflegt die Bedingungen, je nachdem ob ihre Erfüllung nur von der Handlung oder Willenserklärung einer Partei abhängt oder ob lediglich andere Umstände ausschlaggebend sind, in potestative und kasuelle zu unterscheiden. Daß die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts auch auf den reinen, aber noch zu erklärenden Willen des Verpflichteten abgestellt werden kann (Wollensbedingung) [38]), war im gemeinen Recht bestritten, ist aber heute angesichts des im Gesetz selbst geregelten Falles des Kaufs auf Belieben (§ 495) klar erwiesen.

Sind sowohl der Wille eines Beteiligten wie auch andere Momente maßgebend, so spricht man von einer gemischten Bedingung [39]).

Ob der Mäkler nachweisen oder vermitteln will, steht ganz in seinem Belieben. Ob er aber überhaupt einen geeigneten Partner findet, ob fernerhin seine Tätigkeit je zum Erfolge führt, darauf hat er keinen Einfluß. Wir haben es in dieser Hinsicht mit einem, der gemischten Machtbedingung äußerst ähnlichen Gebilde zu tun. Genau gesehen, stellt sich also die Tätigkeit des

---

[36]) aaO. S. 8.

[37]) Vgl. auch Jacusiel S. 10; Planck § 652 Bem. 3 a; Reichel aaO. S. 122 f.; Riesenfeld Gruchot 37 S. 268.

[38]) siehe hierzu Leonhard Jher. Jahrb. 39 S. 174 ff.

[39]) Enneccerus I § 181 IV 2 S. 596. — Staudinger (§ 158 Vorb. 7 b) leugnet die Möglichkeit einer reinen Potestativbedingung, weil jeder Mensch von außerhalb seines Willens liegenden Umständen abhängig sei. Man darf aber die Frage nach der rechtlichen Möglichkeit nicht mit dem philosophischen Problem der Willensfreiheit vermengen. — v. Tuhr (§ 80 S. 275 Anm. 33) behauptet, die gemischte Bedingung sei, da es sich um unvereinbare Gegensätze handele, aus logischen Gründen zu verwerfen. Er gibt aber zu (aaO. S. 277 Anm. 46), daß die Bedingung bisweilen kumulativ in einem äußeren Ereignis und in einer hinzutretenden Willenserklärung bestehen könne. Im Ergebnis kommt das auf dasselbe heraus.

Mäklers als die Erfüllung einer potestativ-kasuell gemischten Wirksamkeitsvoraussetzung für das Lohnversprechen dar [40]). Die sich aus seinen Bemühungen ergebenden Rechtsfolgen braucht der Mäkler nicht zu wollen, infolgedessen ist seine Tätigkeit nicht rechtsgeschäftlicher Natur und unterliegt nicht den Regeln über das Rechtsgeschäft [41]).

2.) Die zweite Voraussetzung für das Zustandekommen des Lohnanspruchs ist der Abschluß des angestrebten Vertrages. Hier ist die Sachlage umgekehrt, die Erfüllung dieser Bedingung steht im freien Belieben des Bestellers. Denn nach § 652 ist er zur Lohnzahlung nur verpflichtet, wenn der Vertrag zustande kommt. Es ist sein gutes Recht, jeden ihm vom Mäkler zugeführten Partner abzulehnen, denn eine Bindung zum Vertragsabschluß hat er mit der Beauftragung des Mäklers nicht übernommen. Die Gründe, die er für seine Weigerung haben mag, spielen keine Rolle. Sie können ganz willkürlicher Natur sein. Auch eine entsprechende Anwendung des § 162 I, nach dessen Vorschrift eine Bedingung dann als eingetreten gilt, wenn ihr Eintritt von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird, ist nicht am Platze. Denn einmal ist § 162 auf die Fälle der Machtbedingung nicht anwendbar [42]), weil es gerade die besondere Eigenart dieses Gebildes ausmacht, daß die Entschlußfreiheit der Partei keinen Einschränkungen unterliegt. Ferner verstößt der Geschäftsherr mit einer grundlosen Ablehnung noch lange nicht gegen Treu und Glauben. Denn es ist ohne weiteres noch nicht verwerflich, wenn jemand seine eigenen Vorteile wahrnimmt. Hatte der Auftraggeber dagegen schon von vornherein die Absicht, niemals abzuschließen und damit dem Mäkler Schaden zuzufügen, so hilft immer noch § 826. Im übrigen ist die Ungebundenheit des Bestellers nur das entsprechende Gegenstück zu dem Tätigkeitsbelieben des Mäklers. Wenn man diesem eine Pflicht zu Bemühungen unterschiebt, so muß man daher auch notwendigerweise zu der Annahme kommen, dem Mäkler gegenüber bestehe für den Besteller kein freies Belieben, das Zustandekommen des Vertrages hintanzuhalten. So meint Lotmar [43]), der diese Ansicht entwickelt hat, § 162 habe auch bei der gesetzlichen Bedingung zu gelten. Er verkennt eben, daß es sich um eine Machtbedingung handelt, und sein Irrtum beruht auf seiner grundlegend verschiedenen Auffassung des Mäklervertrages. Die von uns vertretene Ansicht, daß der Geschäftsherr dem Mäkler nicht zum Abschluß verpflichtet ist, ist als die durchaus herrschende Meinung zu bezeichnen [44]).

---

[40]) Die Mäklertätigkeit wird als Potestativbedingung bezeichnet von Burchard aaO. S. 290; Reichel aaO. S. 6; Reuling aaO. S. 209.

[41]) v. Tuhr § 80 III 2 S. 276; Manigk, Rechtsgeschäfte S. 43.

[42]) Jung Bürg. R. § 75 S. 653; Reichel aaO. S. 7 f.

[43]) Arbeitsvertrag I S. 285.

[44]) Vgl. Staudinger § 652 Bem. III 2 a; RGRK. § 652 Bem. 1;

Wenn es dem Auftraggeber freisteht, jede Vertragsofferte abzulehnen, so muß er noch viel mehr das Recht haben, dem Mäkler schon vorher mitzuteilen, daß er auf seine Dienste verzichte. Im Ergebnis läuft das darauf hinaus, daß dem Geschäftsherrn ein Recht des Rücktritts vom Mäklervertrag zusteht, solange noch nicht die Voraussetzungen für die Lohnzahlungspflicht vorliegen. Auch hier ist ein stichhaltiger Anlaß nicht erforderlich. Selbst die Angabe bewußt unwahrer Gründe macht die Kündigung nicht unwirksam [45]).

II.

Tätigkeit des Mäklers und Abschluß des Vertrages durch den Besteller sind die zwei Voraussetzungen, von deren Erfüllung das Wirksamwerden des Provisionsanspruches abhängt.

Der Zusammenhang zwischen beiden muß u r s ä c h l i c h e r Natur sein. Denn ausdrücklich verlangt das Gesetz, daß der Vertrag i n f o l g e des Nachweises oder der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen sein muß. Diese Theorie der kausalen Verknüpfung ist im Schrifttum [46]) und Rechtsprechung [47]) allgemein anerkannt. Nur Reichel [48]) glaubt im Hinblick auf einige, sich in besonderen Fällen ergebende Unzuträglichkeiten an die Stelle der logischen Zurückführbarkeit eine moralisch-ethische Zurechenbarkeit des Erfolges für den Mäkler setzen zu müssen. Provision soll nur dann zu zahlen sein, wenn der Mäkler das Zustandekommen des Vertrages durch eine im Sinne des Mäklervertrages liegende Tätigkeit in subjektiv verdienstlicher Weise gefördert hat, es ihm also insoweit zum Verdienste gerechnet werden kann. In § 652 wäre das Wort „infolge" (des Nachweises oder der Vermittlung) zu ersetzen durch das Wort „dank" (des Nachweises oder der Vermittlung).

Goldmann-Lilienthal § 180 III 3; Siber Rechtszwang S. 21; Enneccerus II § 378 III 1; Planck § 652 Vorb. 4 b; Leonhard Bes. SchR. § 123 S. 239; Oertmann § 652 Bem. 2 a; Reichel aaO. S. 7; Staub § 93 Vorb. 17; Jacusiel aaO. S. 49; Doerr Seuff. Bl. 70 S. 633; RG. 95 S. 136 f.; 101 S. 211.

[45]) siehe Leonhard Bes. SchR. § 123 S. 239 f.; Oertmann § 652 Vorb. 5; RGRK. § 652 Bem. 1; Doerr, Seuff. Bl. 70 S. 642; Staudinger § 652 Bem. II 2 a; Staub § 93 Vorb. 17; Düringer-Hachenburg § 93 Vorb. 12; Jacusiel aaO. S. 50; RG. 101, 209; JW. 1905, 339; LZ. 1911, 217 Nr. 21. — Lotmar I S. 535 Anm. 1, S. 603 ist aus den oben geschilderten Gründen auch hier anderer Ansicht.

[46]) Mot. II S. 512; Staudinger § 652 Bem. III 5; Staub § 93 Vorb. 31; Oertmann § 652 Bem. 2 a; Planck § 652 Bem. 3 c; Leonhard Bes. SchR. § 122 S. 238; Jacusiel II S. 33 f.

[47]) RG. in: Warn. 1908 Nr. 626, 1914 Nr. 118, 1913 Nr. 1444.

[48]) aaO. S. 126 ff., 129. Gegen Reichel insbes.: Heymann aaO. S. 423.

Diese Ausführungen mögen de lege ferenda beachtenswert sein, angesichts des eindeutigen Gesetzestextes sind sie aber für das BGB unhaltbar. Daß der Mäkler das Ergebnis allein verursacht hat, ist nicht erforderlich, es genügt vielmehr, wenn er in solchem Maße mitgewirkt hat, daß der Erfolg ohne seine Tätigkeit nicht eingetreten wäre.

III.

Vielfach wird als weitere Voraussetzung des Provisionsanspruches verlangt, daß der Geschäftsherr beim Abschluß mit dem Dritten die Bemühungen des Mäklers gekannt haben muß. Diese Kenntnis dürfte zwar in den meisten Fällen vorliegen. Fehlt sie aber einmal, so kann es zu außerordentlichen Härten führen, wenn man dem Mäkler immer ohne weiteres seinen Lohn abspricht. Man wird daher eine derartige allgemeine Regel nicht aufstellen können. Es wird vielmehr darauf ankommen müssen, wem die Unkenntnis des Geschäftsherrn zur Last fällt.

Hat der Mäkler sie verschuldet, indem er dem Geschäftsherrn sein Tätigwerden nicht rechtzeitig mitteilte, sodaß dieser die Provision in seine Berechnungen nicht mehr miteinkalkulieren konnte, so geht er seines Lohnes verlustig. Oft wird aber auch die nicht genügende Beachtung der mäklerischen Tätigkeit dem Besteller vorzuwerfen sein. Wußte er, daß er einen Mäkler beauftragt hatte, so mußte er auch beim Abschluß daran denken und sich im Zweifelsfalle danach erkundigen. Bei solcher Sachlage ist der Lohn zu zahlen. Ein Verschulden beider Teile wäre in entsprechender Anwendung des § 254 zu berücksichtigen.

Auch kann es vorkommen, daß dem Dritten, etwa weil er dem Mäkler versprochen hatte, den Auftraggeber zu benachrichtigen, die Unkenntnis des Geschäftsherrn zur Last fällt. Dann kann sich der Besteller wegen des Schadens, den er erleidet, an ihn halten. Es ergibt sich also, daß der Mäkler seinen Lohnanspruch bei Unkenntnis des Bestellers von seinen Bemühungen nur dann verliert, wenn er diese verschuldet hat, d. h. wenn ihm zum mindesten Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist[49]).

IV.

Ebenso wie den Mäkler treffen den Besteller aus dem Mäklervertrage gewisse Treupflichten. Man wird auch hier, da eine Sonderregelung fehlt, auf die §§ 157, 242 zurückgreifen müssen. So muß er nach Treu und Glau-

---

[49]) Wie hier namentlich Leonhard Bes. SchR. § 122, S. 238 f.; ähnlich auch Oertmann § 652 Bem. 2a. A. A. die meisten, siehe z. B. Staudinger § 652 Bem. III 1 f.; Planck § 652 Bem. 3 b; Reichel aaO. S. 194 ff.; RG. 47, 254 f.

ben dem Mäkler haften, wenn er ihm etwa unwahre Angaben über Beschaffenheit oder Wert des Vertragsgegenstandes macht[50]). Auch wird in den meisten Fällen eine Anzeigepflicht des Geschäftsherrn anzunehmen sein, da ein starkes Interesse des Mäklers daran besteht, möglichst bald zu erfahren, ob seine Bemühungen von Erfolg gekrönt sind, ob sein Lohn schon verdient ist oder ob er noch weitere Maßnahmen ergreifen muß. Vom Auftraggeber verlangt man damit durchaus nichts Unbilliges. Denn eine solche Anzeige ist wirklich nicht mit allzu großen Mühen und Kosten verbunden. Lehnt man eine selbständige Mitteilungspflicht des Bestellers trotzdem ab, so wird man wenigstens zugeben müssen, daß er auf Befragen des Mäklers zum mindesten darüber Auskunft zu geben hat, wie weit die Verhandlungen mit einem zugeführten Partner bereits gediehen sind und im Falle des stattgehabten Abschlusses, zu welchen Bedingungen, namentlich zu welchem Preise der Vertrag zustande gekommen ist, da hiervon in der Regel die Höhe der Provision abhängt[51]).

§ 6: Der Mäklervertrag als einseitig verpflichtender Austauschvertrag.

I.

Auf Grund unserer bisherigen Untersuchungen über Rechte und Pflichten beider Parteien sind wir nunmehr in der Lage, nachprüfen zu können, ob der Mäklervertrag sich in eine der von Gesetz und Schrifttum entwickelten Vertragsgruppen einordnen läßt. Jedenfalls erscheint uns dies Verfahren zweckdienlicher, als den Vertrag durchaus in eine der hergebrachten Formen pressen zu wollen. Daß keine von diesen Typen seinen Eigenarten ganz gerecht wird, beweisen uns am besten die in dieser Hinsicht weit auseinandergehenden Meinungen.

Das BGB scheidet die gegenseitigen von den sonstigen Verträgen. Die Wissenschaft ist noch einen Schritt weiter gegangen und hat nach dem Muster des römischen Rechts drei Kategorien entwickelt, die man gewöhnlich bezeichnet als: einseitige, unvollkommen und vollkommen zweiseitige[52]). Die Bezeichnungen sind aber nicht glücklich, man muß sich darüber klar sein, daß sie

---

[50]) Vgl. Planck § 652 Vorb. V 3 b.

[51]) Zur Auskunfts- und Mitteilungspflicht des Bestellers s. namentlich Reichel Sächs. Arch. f. Rpfl. 1912 S. 433 ff.

[52]) Vgl. statt vieler z. B. Oertmann § 320 Vorb. 2; Leonhard Allg. SchR. § 1, 59 S. 334. — Bei Enneccerus, der gegenseitige und (streng und nicht streng) einseitige Verträge unterschied (vgl. 10. Bearb. § 256 I), wird neuerdings auch die gebräuchliche Einteilung durchgeführt (12. Bearb. von Lehmann 1932 § 32 I).

nicht auf den Entstehungstatbestand, — denn zweiseitige Erklärungen sind für alle Verträge erforderlich —, sondern auf den Inhalt der Verpflichtungen zu beziehen sind.

1.) Danach sind die streng einseitigen Verträge solche, aus denen immer nur ein Teil berechtigt, der andere verpflichtet ist. Als Beispiel wäre das Schenkungsversprechen zu nennen. Der Mäklervertrag erzeugt auf Seiten des Mäklers einen Anspruch auf Mäklerlohn. Er ist aber nicht rein einseitig, denn wenn den Mäkler auch keine Tätigkeitspflicht trifft, so hat er doch, wie wir oben schon dargelegt haben, eine Reihe anderer Verbindlichkeiten, so zur Verschwiegenheit und Treue. Denn auch solche Unterlassungspflichten erzeugen Ansprüche im Rechtssinne (vgl. § 194).

2.) Gegenseitig i. S. der §§ 320 ff. ist ein Vertrag dann, wenn notwendigerweise auf beiden Seiten Ansprüche bestehen. Das allein genügt aber noch nicht. Es müssen vielmehr die entsprechend diesen Ansprüchen geschuldeten Leistungen zwar nicht objektiv, aber i. S. des Vertragszwecks als gleichwertig zu betrachten sein. Es muß Leistung um der Gegenleistung willen erbracht werden, also ein Austausch von Werten stattfinden [53]). Man kann die gegenseitigen Verträge also auch als zweiseitig verpflichtende Austauschverträge bezeichnen. Beispiele sind hierfür u. a. Kauf, Miete und Gesellschaft.

Der Mäklervertrag erfüllt zwar eines der angegebenen Merkmale. Ein Austausch von Leistungen findet statt. Der Lohn wird gezahlt für die vom Mäkler getane Arbeit, wie aus § 652 klar hervorgeht. Und § 653 spricht von der V e r g ü t u n g für die dem Mäkler übertragene Leistung. Nachweis oder Vermittlung sind i. S. des Vertrages die für die Provision gelieferten Gegenwerte. Aber es fehlt die notwendige Verpflichtung auf beiden Seiten. Der Mäkler ist zu Bemühungen nur berechtigt, dagegen besteht kein Anspruch des Bestellers hierauf. Da aber im gegenseitigen Vertrag jede Partei ein Recht auf die Gegenleistung der anderen haben muß, können wir den Mäklervertrag nicht als einen solchen bezeichnen [54]).

Nun wird von einigen Schriftstellern der Versuch gemacht, ein Gegenseitigkeitsverhältnis damit zu begründen, daß man auf die Nebenpflichten des Mäklers hinweist, also meint, es lägen ja doch auf beiden Seiten Verbindlichkeiten vor [55]). Dazu ist zu sagen, daß der Mäklerlohn, mag er auch z. T.

---

[53]) Leonhard Allg. SchR. § 159 S. 335; Planck § 320 Vorb. 1. Abweichend Enneccerus II § 32 II.

[54]) Ebenso Goldmann-Lilienthal § 180 I 2 b S. 680; Endemann I § 176 2 a S. 1113.

[55]) Hierher gehören: Staudinger § 652 Vorb. 6; Warneyer § 652 Bem. I; RGRK. § 652 Bem. 1; Heymann aaO. S. 360 f. — Die Rechtsprechung schwankt, vgl. RG. in: Seuff. Bl. 76 S. 766, Recht 1907 Nr. 1817; JW. 1915, 1351.

diese Treupflichten mitablösen, als solcher doch stets als Entgelt für die geleisteten Dienste anzusehen ist. Keinem Mäkler dürfte es einfallen, zu meinen, daß ihm seine Provision dafür bezahlt werde, daß er den Geschäftsherrn nicht geschädigt habe. Vielmehr wird er stets darauf hinweisen, daß er seinen Lohn im wesentlichen für seine Arbeit und Mühe und für den von ihm herbeigeführten Erfolg erhalte. Ein Austauschverhältnis zwischen Mäklerlohn und Treupflichten besteht also nicht. Daher ist der Vertrag, auch von diesem Gesichtspunkt aus gesehen, kein gegenseitiger.

Daß dieses Ergebnis stimmt, zeigt uns auch ein Blick auf die praktische Anwendbarkeit der §§ 320 ff. Bestünde ein zwingendes Bedürfnis, diese Vorschriften heranzuziehen, so hätte man seine Ansicht vielleicht doch noch zu überprüfen. Das ist nicht der Fall, wie uns folgende Überlegungen bezeugen:

Die §§ 320, 322 kommen nicht zum Zuge, weil der Mäkler, wenn er überhaupt leistet, vorzuleisten hat; § 321 nicht, weil der Mäkler die ihm obliegende Leistung ohnehin nur zu erbringen braucht, wenn er will. Die §§ 323, 325 und 326 passen aus demselben Grunde ebenfalls nicht.

So bleibt nur § 324. Ihn meinen manche auf den Sachverhalt anwenden zu können, daß der Geschäftsherr ohne stichhaltigen Grund den Abschluß des vom Mäkler nachgewiesenen oder vermittelten Vertrages verweigert. Es wäre dann die dem Mäkler obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich geworden. Er behielte dann trotzdem nach § 324 den Anspruch auf die Gegenleistung, die Provision.

Nun haben wir aber oben dargelegt, daß es das gute Recht des Bestellers bleiben muß, in der Auswahl seines Partners wie im Abschluß des erstrebten Vertrages völlig freie Hand zu behalten. Denn so entspricht es der andererseits auch keine Tätigkeitspflicht festsetzenden Natur des Mäklervertrages. Es ist daher nicht angängig, auf dem Wege über § 324 ein Ergebnis herbeizuführen, das wir schon bei der Frage nach der Anwendbarkeit des § 162, welcher im Falle des Mäklervertrages auf denselben Tatbestand zutrifft, als untragbar erkannt und abgelehnt haben. Im übrigen ergeben sich bei der Heranziehung des § 324 schon aus dem Umstand Widersprüche, daß die dem Mäkler obliegende Leistung nach § 652 lediglich im Nachweisen oder Vermitteln besteht. Diese Tätigkeit wird durch Weigerung des Bestellers nicht unmöglich gemacht, der Mäkler kann vielmehr seine Bemühungen immer noch fortsetzen. Nur der Erfolg, der nicht zu der von ihm zu erbringenden Leistung gehört, bleibt aus.

Wir haben also gesehen, daß weder seine rechtliche Eigenart noch praktische Erfordernisse die Auffassung des Mäklervertrages als eines gegenseitigen Vertrages rechtfertigen. Etwas anderes ist es, wenn man auf dem grundsätzlich entgegengesetzten Standpunkt steht, daß der Mäklervertrag dem Be-

steller regelmäßig ein klagbares Recht auf die Tätigkeit des Mäklers gebe[56]). Dann unterliegt die Annahme eines Gegenseitigkeitsverhältnisses keinen Bedenken. Auf keinen Fall ist es dagegen vertretbar, die vollkommene Zweiseitigkeit mit dem Hinweis auf die Nebenpflichten des Mäklers begründen zu wollen.

3.) Es bleibt als letzte Gruppe die der sog. unvollkommen zweiseitigen Verträge übrig. Man will darunter solche verstehen, bei denen beiderseitige Verpflichtungen vorkommen können, aber nicht notwendig vorhanden sind[57]). Aber das ist nicht das Entscheidende. Denn auch beim Leihvertrag, der hierher gehört, liegt stets eine beiderseitige Verpflichtung vor: der eine schuldet die Überlassung des Gebrauchs, der andere die Rückgabe der Sache. Die Unvollkommenheit beruht nur darauf, daß hier im Gegensatz zu den gegenseitigen Verträgen kein Austauschverhältnis besteht, die Leistung nicht um der Gegenleistung willen stattfindet[58]).

Gerade in diesem entscheidenden Punkte steht der Mäklervertrag nicht den letztgenannten Verträgen, sondern vielmehr den gegenseitigen Verträgen nahe. Denn auch der Mäklervertrag ist ein Austauschvertrag. Wenn auch nicht die Lohnzahlungspflicht mit den Nebenverbindlichkeiten des Mäklers in Wechselbeziehung steht, so ist doch die Provision das Entgelt für die Tätigkeit des Mäklers. Wo aber ein solches Austauschverhältnis zwischen zwei Hauptleistungen vorhanden ist, ist kein Platz für die Annahme eines unvollkommen zweiseitigen Vertrages. Er ist aber auch von dem gegenseitigen Vertrag verschieden, wie wir oben dargelegt haben.

Auf Grund dieser Untersuchungen kommen wir zu dem Ergebnis, daß der Mäklervertrag in keine der bestehenden Vertragsformen paßt. Dem gegenseitigen Vertrag ähnelt er wegen seines Austauschcharakters. Er ist von ihm verschieden durch die nur einseitige Hauptverpflichtung einer Partei. Letztere nähert ihn den unvollkommen zweiseitigen Verträgen, von denen ihn wieder seine entgeltliche Natur trennt.

Daher bezeichnen wir den Mäklervertrag als Austauschvertrag mit einseitiger Hauptverpflichtung. Die Aufstellung einer solchen Kategorie wird sich, wie wir später zeigen werden, als zweckdienlich und fruchtbar erweisen. Jedenfalls müssen wir uns darüber klar sein, daß die Begriffe des Austauschvertrages und des gegenseitigen Vertrages sich nicht decken, sondern der erstere weiter geht und auch solche Gebilde mitumfaßt, die sich nicht unter den letz-

---

[56]) Kuhlenbeck JW. 1907 S. 34; Cosack I § 214 S. 613; Crome System II § 272 S. 709; Dernburg Bürg. R. II, 2 § 338 S. 484.

[57]) Oertmann § 320 Vorb. 2; Enneccerus II § 32, I 2 S. 124 f. und die h. M.

[58]) Leonhard Allg. SchR. § 159 S. 334 f.

teren bringen lassen [59]). Der gegenseitige Vertrag ist ein Austauschvertrag mit zweiseitiger Hauptverpflichtung, dem wir die andere Unterart des Austauschvertrages, nämlich denjenigen mit einseitiger Hauptverpflichtung, ebenbürtig an die Seite stellen.

Die Kombinationen, die sich aus der Verbindung der verschiednnen Richtungen ergeben, zeigt folgendes Schema:

Verträge	zweiseitig verpflichtende	einseitig verpflichtende
auf Austausch	**Gegenseitige Verträge** (z. B. Kauf, Miete)	**Austauschverträge auf freiwillige Leistung** (z. B. Mäklervertrag, Optionsvertrag)
unentgeltliche	**unvollkommen zweiseitige Verträge** (z. B. Auftrag, Leihe)	**streng einseitige Verträge** (z. B. Darlehn, Schenkungsversprechen)

Um einen Vertrag einzugruppieren, hat man ihn also unter zwei Gesichtspunkten zu betrachten, nach dem der Verpflichtungen (Obligationskomponente) und dem des Austausches (Äquivalenzkomponente) [60]).

II.

Bisher haben wir nur den reinen Mäklervertrag, wie ihn die §§ 652 ff. regeln, behandelt. Es sei uns noch ein kurzes Wort über die im Schrifttum meist allzusehr in den Vordergrund geschobenen Mischformen gestattet. Auch wir leugnen nicht, daß sie praktisch vorkommen, meinen aber, daß ihre Erörterung der Herausarbeitung des unverfälschten Typs nachzufolgen hat.

Da im Schuldrecht grundsätzlich Vertragsfreiheit herrscht (§ 305), steht es den Parteien frei, ihren Verhältnissen eine von der gesetzlichen Form abweichende Gestaltung zu geben. So wird es dem Besteller oft erwünscht sein, daß sich der Mäkler zu einer bestimmten Tätigkeit verpflichtet. Ergibt die Auslegung des Vertragsinhalts eine derartige Vereinbarung, so müssen neben den Vorschriften der §§ 652 ff. ergänzend die Bestimmungen über den Dienstvertrag eingreifen. Einen solchen Vertrag bezeichnen wir als Mäklerdienstvertrag. Ihn völlig zum Dienstvertrag zu stempeln und die Anwendung der

---

[59]) Die Behauptung Simsons (aaO. S. 16), entgeltlich sei ein Rechtsgeschäft, wenn sich in ihm zwei wesentliche Anspruchsverpflichtungen gegenüberstehen, ist nicht haltbar, weil die Verpflichtung den Charakter der Entgeltlichkeit nicht beeinflußt.

[60]) Die Begriffe „Austausch" und „Entgeltlichkeit" sehen wir als gleichbedeutend an.

Mäklervorschriften abzulehnen, liegt kein Anlaß vor, da er ja noch eine wesentliche Besonderheit des Mäklervertrages enthält, nämlich die, daß die Provisionspflicht nur eintritt, wenn der erstrebte Vertrag zustande kommt. Ein Dienstherr muß dagegen den Lohn bei Leistung der Arbeit schlechthin bezahlen.

Daneben besteht auch die Möglichkeit, daß der Mäklerlohn ohne Rücksicht auf den Erfolg dem Mäkler schon für seine getätigten Bemühungen gezahlt wird. Dann sind die dem Mäklervertrag wesentlichen Elemente ganz verschwunden, und wir haben einen reinen Dienstvertrag vor uns.

Schließlich ist es noch denkbar, daß sich der Mäkler verpflichtet, den gewünschten Vertrag zustande zu bringen, daß der Auftraggeber also einen klagbaren Anspruch auf den Erfolg bekommt. In solchem Falle liegt ein Mäklerwerkvertrag vor [61]).

Den drei letztgenannten Vertragsarten ist gemeinsam, daß sie eine Hauptverpflichtung des Mäklers erzeugen. Damit werden sie zu gegenseitigen Verträgen und fallen als solche aus dem Rahmen unseres Themas, das sich auf die Austauschverträge mit einseitiger Verpflichtung beschränkt, hinaus.

Auf die sonstigen Streitfragen, zu denen der Mäklervertrag wegen seiner knappen gesetzlichen Regelung reichlich Anlaß gibt, einzugehen, ist nicht unsere Aufgabe. Er ist für uns nur insoweit von Interesse, als seine eigenartige Rechtsnatur den Ausgangspunkt bildet für die Erforschung einer Gruppe von Schuldverhältnissen, die in mannigfacher Gestaltung auftretend, doch einen gemeinsamen Kern enthalten und die wir als Verträge auf freiwillige Leistung bezeichnen.

2. Kapitel:

Die Auslobung.

§ 7: Ihre Rechtsnatur.

Bevor wir in eine nähere Beschreibung der Verträge auf freiwillige Leistung eintreten, haben wir neben dem Mäklervertrag als zweite gesetzliche Quelle, aus der wir unseren Begriff ableiten, die Auslobung zu erörtern.

---

[61]) Auf die Probleme des gemischten Vertrages können wir hier nicht näher eingehen. Vgl. dazu Leonhard Allg. SchR. §§ 151 ff. Der Mäklerdienstvertrag ist, da die Merkmale des Mäklervertrages überwiegen, als Artvertrag mit Beimischung zu bezeichnen. Die beiden Bestandteile des Mäklerwerkvertrages möchten wir für gleichbedeutsam halten und ihn daher als Vertrag mit Artmischung behandeln.

Vor allem ist zunächst klarzustellen, daß man die Auslobung in ihrer heutigen Gestalt nicht zu den von unserem Thema im engeren Sinn umfaßten Gebilden rechnen kann. Denn sie ist nach BGB. kein Vertrag. Unsere Untersuchung hat sich aber nur vertragsmäßige Schuldverhältnisse zur Aufgabe gemacht. Abgesehen von dem verschiedenen Begründungstatbestand, enthält sie jedoch inhaltlich so viele dem Wesen unserer Kategorie ähnliche Elemente, daß die Aufzeigung dieser bedeutsamen Berührungspunkte zur Klärung unseres Problems äußerst förderlich ist.

I.

Wir sagten eben, die Auslobung beruhe nicht auf Vertrag. Damit haben wir eine Behauptung aufgestellt, die wir, da es sich um eine Streitfrage handelt, vorerst zu beweisen haben. Es wird nämlich, heute allerdings nur noch vereinzelt, im Anschluß an eine namentlich vor 1900 verbreitete Theorie die Meinung vertreten, die Verpflichtung des Auslobenden lasse sich nur durch einen Vertrag erklären, setze also Annahme eines Antrages voraus. Den Antrag erblickt man in der öffentlichen Bekanntmachung des Versprechenden.

Wohin man aber die Annahme zu verlegen hat, darüber herrscht lebhafter Streit. Wir greifen nur die beiden wichtigsten Ansichten heraus. Sie meinen, der Vertrag komme entweder mit der Vornahme der Handlung, oder aber mit der Geltendmachung des Belohnungsanspruches zustande. Die Widersprüche, die sich ergeben, sind in beiden Fällen gleich groß. Die Anschauung, daß schon die Durchführung der gewünschten Tätigkeit die Vertragsannahme bedeute, ist mit der Vorschrift des § 657 unvereinbar. Denn hier wird bestimmt, daß die Verpflichtung zur Zahlung der Belohnung auch dann besteht, wenn die Handlung nicht mit Rücksicht auf die Auslobung vorgenommen wurde. Nun muß aber die Annahme eine Willenserklärung enthalten (vgl. § 151), und eine solche erfordert stets den rechtsgeschäftlichen Rechtsfolgewillen. Wenn der Handelnde schon nichts von der Auslobung weiß, so kann er noch viel weniger den Willen haben, durch sein Tun einen Vertrag zu schließen. Wenn diese Auffassung den Grundregeln des Gesetzes widerspricht, so läßt sie sich auch nicht damit rechtfertigen, daß man erklärt, die Annahme eines nur vorteilhaften Antrages bedürfe nicht der Kenntnis. Denn eine solche Norm ist im BGB nicht enthalten, und ihre Aufstellung scheitert daran, daß gerade für die beiden Hauptfälle lukrativer Geschäfte, Schenkung (§ 516) und Erlaßvertrag (§ 397), das Gegenteil bestimmt ist [62].

Denselben Bedenken unterliegt die Möglichkeit, den Vertrag als im Augenblick der Geltendmachung des Lohnes zustande gekommen zu betrachten. Auch hier steht es dem Handelnden gänzlich fern, eine Willenserklärung auf

[62]) Vgl. Leonhard Bes. SchR. § 124 S. 241.

Vertragsschluß abzugeben. Er will vielmehr seinen schon bestehenden Anspruch durchführen. Außerdem pflegt die Offerte nur eine sehr kurze Lebensdauer zu haben, während die Auslobung, etwa bei wissenschaftlichen Arbeiten, sich über Jahre erstrecken kann. Es wäre überaus gekünstelt, hier immer noch ein wirksames Vertragsangebot vermuten zu wollen.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß sich auch der § 659 nicht mit dieser Auffassung vereinbaren läßt. Nehmen wir an, es hätten mehrere die betreffende Handlung vollzogen. Dann müßte nach der zuletzt erwähnten Ansicht derjenige, der seinen Anspruch zuerst geltend macht, die Belohnung erhalten. Denn mit ihm käme zunächst auf jeden Fall der Vertrag zustande. Im Gegensatz dazu spricht § 659 dem den Lohn zu, der die Handlung zuerst vorgenommen hat.

Der Grund, weshalb die Vertreter der Vertragstheorie zu ihren unnatürlichen Konstruktionen greifen müssen, liegt in der vorgefaßten Meinung, daß zur Entstehung eines Schuldverhältnisses stets Annahme durch den Gläubiger vonnöten sei. Das trifft jedoch nicht zu. Zwar stellt § 305 für die Regelfälle eine derartige Norm auf, erkennt aber ausdrücklich an, daß das Gesetz auch ein anderes vorschreiben könne. So sehen wir z. B. eine solche Ausnahme im Vertrag zu Rechten Dritter, wo der Dritte sein Gläubigerrecht ohne sein Zutun erwirbt und nur die Befugnis hat, dieses Recht hinterher zurückzuweisen. Die Fiktionsfassung, das Recht „gelte" dann als nicht erworben, zeigt deutlich, daß es zunächst ohne Annahme durch den Dritten entstanden sein muß.

II.

Einen solchen Fall des annahmelos wirksamen Schuldversprechns, also eine der Ausnahmen des § 305, haben wir auch in der Auslobung vor uns. Dafür spricht schon der Wortlaut des § 657, wenn man unbefangen an ihn herantritt. Hier ist nur gesagt, daß, wer durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung aussetze, verpflichtet sei, diese zu entrichten. Nirgends ein Wort von Vertrag oder Einigung, was doch sonst überall vorkommt, wenn das Gesetz auf übereinstimmende Willenserklärungen beider Parteien Wert legt [63]). Unverständlich wäre es dann auch, weshalb es der Einschränkung auf den Tatbestand der öffentlichen Bekanntmachung bedurfte [64]).

Im übrigen weisen schon die Motive [65]) darauf hin, daß der Grund der Verpflichtung des Auslobenden einzig in der verbindlichen Kraft eines einseitigen öffentlichen Versprechens liege und daß der Auslobende schon infolge

---

[63]) Vgl. u. a. die §§ 433, 516, 662, 873 und hierzu näheres bei v. Dalwigk-Lichtenfels aaO. S. 32.

[64]) Leonhard Bes. SchR. § 124 S. 241.

[65]) Motive II S. 519.

dieses Versprechens zu dessen Erfüllung an denjenigen verpflichtet sei, welcher die von dem Auslobenden bestimmte Leistung vollbracht habe, ohne daß es einer Annahme dieses Versprechens bedürfe oder eine solche überhaupt in Betracht käme. Daraus ergibt sich eindeutig, daß auch die Verfasser des Gesetzes sich der sog. Pollizitationstheorie angeschlossen haben und daß uns daher nur gewichtige Argumente dazu bringen könnten, aus dem BGB das Gegenteil herauszulesen. Es läßt sich aber nicht beweisen, daß das Gesetz in diesem Punkte einen anderen Sinn hätte oder haben müßte, als bei seiner Schaffung beabsichtigt war.

Auch sonst ergeben sich bei der praktischen Durchführung der Vertragstheorie Unzuträglichkeiten. So würde ein Kind, das etwas gefunden hat, die ausgesetzte Belohnung nicht beanspruchen können, da die Abgabe einer Willenserklärung dem Geschäftsunfähigen nicht möglich ist. Es ist auch nicht angängig, den Gedanken des § 107 auf solche Fälle entsprechend anwenden zu wollen, da diese Vorschrift ausdrücklich nur für Geschäftsbeschränkte bestimmt ist [66]).

Aus all diesen Gründen steht auch im Schrifttum die durchaus herrschende, sogar bei weitem überwiegende Meinung [67]) auf unserem Standpunkt, und die Vertragstheorie wird nur noch ganz vereinzelt vertreten [68]).

§ 8: Austausch und Freiwilligkeit.

I.

Wenn wir im vorigen Paragraphen dasjenige Merkmal herausgearbeitet haben, das die Auslobung vom Mäklervertrage grundsätzlich unterscheidet, nämlich die nicht annahmebedürftige Bindung des Auslobenden im Gegensatz zur vertraglichen Verpflichtung des den Mäklerlohn Versprechenden, so zeigen wir im folgenden die Punkte auf, in denen sich beide Gebilde außerordentlich stark berühren.

Den Mäklervertrag hatten wir als ein Austauschverhältnis bezeichnet. Dasselbe trifft auf die meisten Fälle der Auslobung zu. Nach § 657 wird die Belohnung ausgesetzt *für* die Vornahme einer Handlung oder die Her-

---

66) Vgl. v. Dalwigk-Lichtenfels aaO. S. 37 f.

67) so: Staudinger § 657 Vorb. II; RGRK. Vorb. vor § 657; Planck § 657 Vorb. III 1; Oertmann § 657 Vorb. 1 b; Enneccerus § 379 I 2; Leonhard Bes. SchR. § 124 S. 241; GoldmannLilienthal § 181 I 2; Endemann § 177 Anm. 2; Dernburg § 335 II 4; Crome System § 279 I 3, Partiarische Rechtsgesch. S. 511 ff.; Lotmar aaO. S. 33; v. Mayr. aaO. S. 135 f.

68) Namentlich von Jung Iher. Jahrb. 69 S. 62 ff., Bürg. Recht § 204 S. 902 f.; Kohler Lehrb. II § 135 S. 355; Jakubezky aaO. S. 19, 141; Fischer aaO. 23 ff.

beiführung eines Erfolges. Das bedeutet, daß sich beides im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gegenübersteht. Nun wird es oft vorkommen, daß der ausgesetzte Lohn den Wert der vorzunehmenden Handlung beträchtlich übersteigt. Aber auch dann haben wir kein unentgeltliches Geschäft vor uns. Denn für den Begriff des Austausches verlangen wir nicht objektive Gleichwertigkeit beider Leistungen, sondern nur eine im Sinne beider Parteien liegende Ausgleichung ihrer Interessen, d. h. Hingabe von Werten, um hierdurch Befriedigung eigenen Bedürfnisses zu erlangen. Wenn der Auslobende einen unverhältnismäßig hohen Preis auswirft, so wird ihm persönlich eben in der Regel gerade so viel an dem gewünschten Erfolg gelegen sein, in seinem Sinne also doch Gleichwertigkeit vorliegen, während es sich für einen Außenstehenden möglicherweise als eine Schenkung darstellt. Wenn jemand für die Wiederbringung eines ihm als Andenken besonders lieben Ringes eine Belohnung aussetzt, die den tatsächlichen Wert des Gegenstandes weit übersteigt, so ist und bleibt dieser Lohn immer das Entgelt für den von dem anderen herbeigeführten Erfolg. Dabei ist es gleichgültig, ob dieser etwa tagelang danach gesucht haben mag oder nur geringe Arbeit aufgewandt hat oder ob ihm, wie meist beim Fund, die Belohnung mühelos in den Schoß fiel. Am Austauschcharakter der Auslobung ändern all diese verschiedenen Möglichkeiten nichts. Auf die Natur der Auslobung als in der Regel entgeltliches oder Austauschgeschäft wird auch im Schrifttum verschiedentlich hingewiesen[69]).

Daß auch Ausnahmen vorkommen, wollen wir nicht bestreiten. So ist es sehr wohl denkbar, daß der zu erbringende Erfolg für den Auslobenden von derartig geringem Interesse ist und daß es sich aus diesem Umstande ergibt, daß er eine mit der vorzunehmenden Handlung nur äußerlich zusammenhängende, in Wahrheit als unentgeltliche Zuwendung zu machen beabsichtigt. Als Beispiel nehme man den Fall, daß ein reicher Mann eine Menge armer Kinder nach einem in seinem Garten versteckten Gegenstand suchen läßt und dem Finder eine größere Summe für sein weiteres Fortkommen aussetzt.

II.

Der zweite Berührungspunkt zwischen Auslobung und Mäklervertrag ist die lediglich einseitige Verpflichtung des einen Teils, der auf der Gegenseite das Erbringen einer freiwilligen Leistung gegenübersteht.

Letzteren Umstand hatten wir beim Mäklervertrag als gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung bezeichnet und eine Ähnlichkeit mit der rechtsgeschäftlichen Bedingung festgestellt. Etwas ganz Entsprechendes finden wir bei der Auslobung. Solange die gewünschte Handlung noch nicht vorgenommen ist,

[69]) Vgl. Planck § 657 Vorb. III 2; Goldmann-Lilienthal § 181 I 2 S. 688.

besteht ein Schwebezustand. Dieser ist einmal dadurch gekennzeichnet, daß es noch nicht feststeht, ob überhaupt jemals eine Schuld des Auslobenden entsteht. Andererseits ist doch schon eine so starke Bindung des Auslobenden an sein Versprechen eingetreten, daß es eines besonderen und in der gleichen Weise wie die Auslobung selbst erfolgenden Widerrufs bedarf, um von der in Aussicht stehenden Verpflichtung wieder freizuwerden. Diese Bindung als Vorstufe der Verbindlichkeit hat starke Ähnlichkeit mit dem durch Abgabe einer Vertragsofferte geschaffenen Zustand.

Wie beim Mäklervertrag wird auch hier die endgültige Verpflichtung ausgelöst durch eine Handlung des anderen Teiles. Nur ist es bei der Auslobung noch ganz ungewiß, wer der Berechtigte sein wird. Der Kreis der Anwärter kann je nach dem Umfang der in Kenntnis gesetzten Öffentlichkeit und nach der Schwierigkeit der vorzunehmenden Handlung kleiner oder größer sein. Und aus dieser Unbestimmtheit ergibt sich auch die Tatsache, daß es nicht befriedigt, die Verpflichtung des Auslobers als aufschiebend bedingte zu behandeln. Abgesehen davon, daß eine Bedingung stets zu einem vollständigen Rechtsgeschäft hinzutritt, während eine Auslobung ohne die Bestimmung der Vornahme der Handlung nicht möglich ist, ist daran festzuhalten, daß auch eine bedingte Verpflichtung immer schon eine vollständige Verpflichtung sein muß. Eine solche erfordert begriffsnotwendig die Person des Berechtigten, denn eine Verbindlichkeit, der kein Anspruch entspräche, gibt es nicht. Und da der zukünftige Gläubiger ebenso ungewiß wie unbekannt ist, ist es nicht angängig, von einer gegenwärtig schon bestehenden, aber in ihrer Wirksamkeit von dem Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses abhängigen, also bedingten Schuld, zu sprechen [70]).

Anderer Ansicht ist Planck [71]). Er meint, die Vornahme der Handlung, welche von dem Auslobenden gefordert wird, sei wie die Erfüllung einer Bedingung zu behandeln, wenngleich vorher von einem bedingten Recht dessen, der die Handlung vorzunehmen beabsichtigt, nicht die Rede sein könne. Daß aber eine entsprechende Anwendung der Bedingungsvorschriften nicht durchführbar ist, zeigt z. B. ein Blick auf § 162. Wenn schon der Mäkler, der doch immerhin mit dem anderen im Vertragsverhältnis steht, den Partner für den von diesem herbeigeführten Nichteintritt des Erfolges nicht haftbar machen kann, so noch viel weniger derjenige, der anläßlich einer in der Regel stets frei widerruflichen Auslobung tätig wird.

Die Bezeichnung als „subjektloses Warterecht" [72]) kann zur Klärung des Sachverhalts wenig beitragen, da sie die Frage, ob denn nun schon ein Recht vorliege oder nicht, nur verdunkelt.

---

[70]) ebenso Oertmann § 657 Vorb. 1 c.

[71]) § 657 Vorb. IV 1.

[72]) Semeka Arch. Bürg. R. Bd. 35 S. 174.

Am zweckmäßigsten scheint uns die von Oertmann [73]) angegebene Terminologie zu sein, der, wie wir schon anläßlich des Mäklervertrages erwähnten, beim Rechtsgeschäft die gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen (sog. Rechtsbedingungen) und die Teile des Tatbestandes unterscheidet. Beim Mäklervertrag kommt zum vollständigen Vertragstatbestand die Tätigkeit des Mäklers als Voraussetzung für das Wirksamwerden des Lohnversprechens hinzu. Bei der Auslobung ist hingegen die vorzunehmende Handlung erst das zweite Tatbestandsstück, das erforderlich ist, um die Verpflichtung überhaupt erst zur Entstehung zu bringen. In beiden Fällen handelt es sich um Leistungen, die vom freien Willen des Handelnden abhängig sind und die er nicht als Verpflichteter erbringt, sondern weil er gegen deren Vornahme Vorteile für sich eintauschen kann.

Während beim Mäklervertrag die vorzunehmende Handlung eng beschränkt ist auf den Nachweis oder die Vermittlung eines Vertrages, ist das Gebiet der Auslobungen ein viel weiteres. Wir erwähnten bisher nur das Aussetzen eines Finderlohnes. Sie kann aber auch jede andere Art menschlicher Tätigkeit zum Gegenstande haben. So können Belohnungen ausgesetzt werden für die Ermittelung von Straftaten oder schädigender Gerüchte und Namhaftmachung der Täter, für Entdeckungen oder Erfindungen wissenschaftlicher oder industrieller Art oder für die Lösung von künstlerischen oder gewerblichen Aufgaben. Die Fülle der möglichen Beispiele auch nur einigermaßen erschöpfend aufzuzählen, ginge über den Rahmen dieser Arbeit hinaus.

Nur drei Grenzlinien seien kurz aufgezeigt. Erstens gilt hier, wie für jedes Rechtsgeschäft, der Maßstab der guten Sitten. Eine Auslobung, die ihm nicht entspricht, ist nach § 138 nichtig. Zweitens muß die Erklärung ernstlich gemeint sein, anderenfalls sie dem § 118 unterfällt. Eine Vermutung für ernstgemeinte Belohnungsaussetzung besteht immer dann, wenn der Auslobende an der vorzunehmenden Handlung ein eigenes Interesse hat. Und drittens muß stets eine Handlung des Anwärters verlangt sein (§ 657). Demgemäß sind alle die Fälle auszuscheiden, in denen der Lohn von gewissen Tatsachen, Zuständen oder vom Willen des anderen unbeeinflußbaren Ereignissen abhängig gemacht ist.

III.

Wenn die Auslobung Austauschbeziehungen schafft, so begründet sie damit noch kein gegenseitiges Schuldverhältnis. Denn hierfür wären Hauptverpflichtungen auf beiden Seiten wesentlich. Denjenigen, der tätig wird, um die Belohnung zu erlangen, trifft keinerlei Verbindlichkeit. Die §§ 320 ff.

[73]) Oertmann Rechtsbedingung S. 64, § 657 Vorb. 1 e.

sind daher, abgesehen davon, daß es sich nicht um einen Vertrag handelt, auch nicht entsprechend anwendbar[74]). Die Sachlage ist auch hier die gleiche wie beim Mäklervertrag.

3. Kapitel:

Weitere Austauschverträge auf freiwillige Leistung.

§ 9: Einige Beispiele.

I.

Das BGB bevorzugt wegen der gleichmäßigen Behandlung beider Parteien die Austauschverträge mit zweiseitiger Verpflichtung. Solche, die nur eine einseitige Verbindlichkeit enthalten, lassen sich mit Ausnahme des Mäklervertrages dem Gesetz selbst nicht entnehmen. Dennoch kommen derartige Fälle im praktischen Leben häufig genug vor, sodaß es nützlich ist, ihre auf den ersten Blick nicht so sehr ins Auge fallende gemeinsame Grundlage klarzustellen.

Daß im Schuldrecht durch Parteivereinbarungen auch von den gesetzlichen Arten abweichende Vertragstypen in Anwendung gebracht werden können, ergibt sich aus § 305, wonach zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft nur ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich ist. Eine Beschränkung der Inhaltsfreiheit auf die genormten Gruppen ist nicht ersichtlich.

Entsprechend der Einteilung der Arbeitsverträge in Dienst- und Werkverträge, je nachdem sie eine Tätigkeit oder einen Erfolg zum Gegenstand haben, können wir auch Verträge auf freiwillige Leistung nach diesen Gesichtspunkten unterscheiden.

1.) So kann es z. B. vorkommen, daß jemand einem Arbeitslosen freistellt, sein Gartenland gegen eine bestimmte Stundenvergütung umzugraben. Der betreffende Arbeiter verpflichtet sich nicht zu dieser Tätigkeit, da er vielleicht eine bessere Gelegenheit in Aussicht hat, wo er mehr verdienen kann. Auf alle Fälle liegt ihm aber doch daran, die gebotene Möglichkeit wahrnehmen zu können. Deshalb nimmt er das Angebot an. Andererseits ist das Interesse des Garteneigentümers an den zu leistenden Diensten nicht so groß, daß er sich einen festen Anspruch auf sie sichert. Neben den auch vorhandenen

[74]) So auch Planck § 657 Vorb. III 2. Abweichend: Höniger aaO. S. 252, der eine Analogie nach §§ 321, 324 befürwortet.

Beweggründen eigennütziger Natur spielen andere eine größere Rolle, wie Menschenfreundlichkeit, Mitleid oder soziales Empfinden. Diesen Motiven wird durch die vorliegende Abmachung voll Rechnung getragen. Falls der Arbeitgeber zahlen muß, so bekommt er dafür sein Land bestellt, will der andere dagegen nicht, so ist das seine Sache. Daß ein Austauschverhältnis vorliegt, ist zweifellos. Es ist aber kein gegenseitiger Vertrag, denn nur ein Teil ist verpflichtet, und die Leistung des anderen beruht nicht auf Verbindlichkeit, sondern auf Freiwilligkeit.

Die Vorschriften über den Dienstvertrag sind anwendbar, soweit sich nicht aus der soeben geschilderten Besonderheit etwas anderes ergibt. So kann der Dienstberechtigte bestimmt nicht, gestützt auf § 611, auf Vornahme der versprochenen Dienste klagen. Die §§ 612 ff. kommen jedoch gegebenenfalls zum Zuge. So etwa die Schutzvorschrift des § 618, falls der Arbeiter infolge eines Mangels des zur Verfügung gestellten Gerätes zu Schaden kommt. Im übrigen kann man auch den Inhalt dieses Vertrages als eine einseitige Lohnzahlungsverpflichtung unter der aufschiebenden Bedingung der Vornahme einer bestimmten Handlung kennzeichnen. Dabei ist zu betonen, daß es sich wie beim Mäklervertrag um eine Machtbedingung handelt und daß die Anwendung des Bedingungsrechtes nicht sehr ergiebig ist.

Es liegt auch nicht etwa ein vollständiger und nur als Ganzes noch aufschiebend bedingter Dienstvertrag vor. Denn dann müßten wir von § 611 ausgehen, und dabei käme das Ergebnis heraus, daß derjenige, welcher die Dienste zugesagt hat, zu ihrer Leistung verpflichtet wäre, wenn er sie freiwillig leistet. Diesen logischen Widerspruch [75]) können wir nur dadurch lösen, daß wir sagen, es liegt kein vollständiger Dienstvertrag, sondern ein einseitiges Lohnversprechen vor, dessen Wirksamkeit von der Erbringung der Gegenleistung abhängt.

2.) Ein anderes Beispiel, das mehr dem Werkvertrag ähnelt, ist der Detektivvertrag. Es verspricht jemand einem anderen für die Aufklärung eines Verbrechens, insbesondere etwa für Nachweisung des Täters oder Namhaftmachung bestimmter Zeugen einen festen Lohn. Eine Auslobung liegt nicht vor, denn es fehlt die öffentliche Bekanntmachung. Die von uns geschilderte Form der Abmachungen wird sich oft auch als viel zweckmäßiger erweisen. Denn es können persönliche Belange des Lohnversprechers auf dem Spiele stehen, die äußerste Diskretion verlangen, sodaß die öffentliche Be-

---

[75]) Etwas anderes ist es, wenn die Verpflichtung nicht auf das Erbringen der Gegenleistung, sondern auf die spätere Verpflichtungs e r k l ä r u n g (sog. Wollensbedingung) abgestellt wird. Hier besteht dieser Widerspruch nicht, denn der Vertrag wird durch die Ausführung der Bedingung ja noch nicht erfüllt, sondern erst wirksam. Näheres unten bei Besprechung der Beliebensverträge.

kanntmachung und Einmischung Unberufener der Sache mehr schaden als nützen würde. Andererseits ist es auch zweifelhaft, ob die Bemühungen des Lohnanwärters je zum Erfolg führen werden. Deshalb wäre es für ihn untragbar, sich hierzu zu verpflichten, d. h. für das Ergebnis zu haften. Auch ob er überhaupt tätig werden will, muß von seinem Belieben abhängig sein, da man ihn ja doch schwer zu irgendwelchen bestimmten Nachforschungen zwingen könnte und die in Aussicht stehende Belohnung einen genügend großen Anreiz darstellt. Die rechtliche Beurteilung ist hier dieselbe wie oben, einseitiges Lohnversprechen mit der Bedingung der erbrachten Gegenleistung.

So kann jeder Auslobungstatbestand dadurch, daß man ihn in Vertragsform mit einem bestimmten Partner kleidet, zu einem Vertrag auf freiwillige Leistung werden. Damit rechtfertigt es sich auch, daß wir Mäklervertrag und Auslobung an die Spitze unserer Untersuchung stellten: der Vertrag auf freiwillige Leistung hat vom Mäklervertrag die Form und von der Auslobung den Inhalt entlehnt.

II.

Auch ein Kaufvertrag auf freiwillige Leistung ist denkbar. Eine größere Molkerei schließt mit den benachbarten Landwirten Verträge des Inhalts, daß sie sich verpflichtet, ihnen die gesamte Milch, die sie einliefern, mit einem bestimmten Marktpreis zu bezahlen. Die betreffenden Bauern dagegen übernehmen keinerlei Verbindlichkeit, sie behalten sich vor, ihre Milch selbst zu verarbeiten, vielleicht auch, die Produktion auf den Eigenbedarf einzuschränken oder sie anderwärts günstiger abzusetzen. Ihnen liegt aber daran, immer noch die Molkerei als letzte Verwertungsmöglichkeit bereit zu haben, um auf jeden Fall ein Verderben der überschüssigen Milch vermeiden zu können. Auch hier wieder die typischen Elemente. Ein einseitiges, bedingtes Zahlungsversprechen, die die Bedingung auslösende Handlung bildet die Austauschleistung. Dabei haben wir hier die Besonderheit, daß die Erfüllung nicht wie in den vorherigen Beispielen in Arbeitsleistung, sondern in der Übertragung von anderen Werten, hier Rechtsübertragung durch Übereignung der Milch, besteht.

Daß diese Gestaltung möglich ist, wird einleuchten, wenn wir den ganzen Tatbestand in eine Auslobung übersetzen, etwa eine öffentliche Bekanntmachung: Wir zahlen jedem, der uns mehr als 50 Liter Milch einliefert, 2 Pfennig über dem Tagespreis pro Liter. Die vorzunehmende Handlung besteht hier in einer tatsächlichen Tätigkeit, dem Einbringen der Milch, und daneben, was nicht übersehen werden darf, in der mit ihr verbundenen und aus ihr zu entnehmenden Übereignungserklärung.

Wir halten es nicht für notwendig, in diesem Falle die Auslobung nur

auf Abschluß eines Kaufvertrages gerichtet zu sehen. Sie geht vielmehr unmittelbar auf Übereignung der Milch. Kausalgeschäft für den abstrakten Übereignungstatbestand ist also nicht ein aus den Erklärungen herauszulesender zusätzlicher Kaufvertrag, sondern allein die Auslobung.

Da es klar ist, daß Gegenstand der Auslobung auch Abschluß eines Rechtsgeschäfts oder Abgabe einer Willenserklärung sein kann, so muß dies auch beim Vertrag auf freiwillige Leistung der Fall sein, zumal ja die meisten gewöhnlichen Verträge zur Erfüllung wiederum eines Rechtsgeschäfts bedürfen [76]).

Ein zweites Beispiel mag die Sachlage noch mehr verdeutlichen. Ein Bauer möchte gerne zu seinem Land ein ihm besonders günstig liegendes Ackerstück eines Nachbarn erwerben und bietet ihm einen bestimmten Preis, über den er nicht hinausgehen kann. Der andere erklärt ihm, er wisse noch nicht, ob er überhaupt veräußern werde. Im übrigen warte er noch auf günstigere Angebote, auf alle Fälle wolle er ihn aber beim Wort halten. Sie vereinbaren nun, daß der Nachbar, falls er dem anderen seinen Acker übereigne, eine bestimmte Summe erhalten solle. Dies ist kein aufschiebend bedingter Kaufvertrag, denn es besteht keine Verpflichtung, auch keine aufschiebend bedingte Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an dem Acker. Denn wovon sollte die Wirksamkeit der Verbindlichkeit des Verkäufers abhängen? Wenn er übereignet, so erfüllt er schon und setzt nicht erst seine Verpflichtung in Wirksamkeit. Wenn der ganze Vertrag auf die erst noch zu erklärende Willenserklärung eines Teiles abgestellt ist, so liegt einer der weiter unten näher zu erörternden Beliebensverträge vor, und diese Gruppe ist streng zu scheiden von den Verträgen auf freiwillige Leistung.

Da keine Verpflichtung zur Übereignung übernommen ist, ist Beachtung der Form des § 313 bei einem solchen Kauf auf freiwillige Leistung nicht nötig. Der beschriebene Vertrag wäre also auch nur mündlich von vornherein gültig, und eine Heilung durch die vollzogene Erfüllung nach § 313 S. 2 ist überflüssig.

Anders dagegen, wenn die Rollen vertauscht sind. So wenn sich etwa eine Eisenbahngesellschaft Land zum Bau einer Bahn, deren genauer Verlauf noch nicht feststeht, in der Weise sichert, daß die Eigentümer verpflichtet sind, gegen Zahlung eines Taxpreises für die abgesteckten Landstreifen diese zu übereignen [77]). Dann liegt zwar kein Kaufvertrag vor, § 313 ist aber doch anzuwenden.

---

[76]) Damit soll nicht gesagt sein, daß schon die Erfüllung als solche stets Rechtsgeschäft sei, sondern nur daß vielfach, wie etwa beim Kauf, die vertragsmäßige Leistung mit Hilfe eines Rechtsgeschäfts zu erbringen ist.

[77]) Vgl. den vom OLG. München in Rechtspr. 17 S. 388 entschiedenen Fall.

Ob ein solcher Freiwilligkeitsvertrag oder ein Kauf auf Belieben vorliegt, d. h. ob die bloße Erfüllung den Anspruch auf die Gegenleistung auslösen oder ob es erst einer besonderen Erklärung bedürfen soll, um einen unbedingten Kaufvertrag herzustellen, ist im Wege der Auslegung aus der Gesamtheit der zum Ausdruck gekommenen Parteiabsichten zu ermitteln. Bemerkt sei nur, daß bei einem Verhältnis mit einseitiger Verpflichtung derjenige, der nur eine freiwillige Leistung zusagt, in der Regel der wirtschaftlich Stärkere sein wird und somit den ganzen Beziehungen den Stempel seiner Interessen aufdrückt, während die Sachlage beim Kauf, auch wenn er nur vom Willen einer Partei abhängt, wegen der Gegenseitigkeit der Pflichten ausgeglichener ist.

Ein weiteres Beispiel zu einem Kauf auf freiwillige Leistung gibt Raape [78]). „Es verkauft jemand ein altes Erbstück einem anderen zum 1. Januar nächsten Jahres, aber aus gewissen Gründen ... in der Art, daß nur er klagen kann, nicht der andere. Dieser Austauschvertrag ist gleichzeitig ein einseitiger, ein dauernd einseitiger und ein unbedingter."

III.

Mit den letztgenannten Beispielen haben wir ein Gebiet berührt, das, noch äußerst unerforscht und im Schrifttum sehr widerstreitend behandelt, doch, wie der starke Umfang der einschlägigen Rechtsprechung zeigt, von großer praktischer Bedeutung ist, nämlich den sog. Optionsvertrag. Es soll hier der Versuch gemacht werden, zu einer befriedigenden Klärung dieses Begriffs mit Hilfe des von uns aufgezeigten Vertrages auf freiwillige Leistung zu kommen.

Unter einem Ankaufs- oder Optionsrecht versteht man das einem Vertrage entspringende Recht, einen Gegenstand zu bestimmten Bedingungen und einem festen Preise erwerben zu können [79]). Ob der Berechtigte hiervon Gebrauch machen will, steht in seinem Belieben. Wenn er es tut, so kann er nicht etwa schon durch einseitige Erklärung die Leistungspflicht des anderen begründen, sondern es bedarf dazu noch des Abschlusses des Hauptvertrages, und er kann gegebenenfalls auf Abgabe der nötigen Willenserklärungen klagen [80]).

Nach Ansicht Oertmanns [81]) kann der Berechtigte kraft eines Gestaltungsrechts den Hauptvertrag selbst durch eigene Erklärung herbeiführen und braucht nicht die Zustimmung zum Vertragsschluß zu fordern.

---

[78]) aaO. S. 94 f.

[79]) Staudinger § 433 Bem. I 1 m.

[80]) Vgl. Leonhard Bes. SchR. § 47 S. 104.

[81]) § 154 Bem. 4.

Uns erscheint die Möglichkeit eines solchen Gestaltungsrechts sehr zweifelhaft und seine Annahme im vorliegenden Falle überflüssig, da man mit einem zweiseitigen Vertrage vollkommen auskommt.

Wir knüpfen an die Figur des Abschließungs- oder Vorvertrages an. Das ist ein Vertrag, durch den sich die beiden Teile verpflichten, einen bestimmten anderen obligatorischen Vertrag abzuschließen. Ein solcher Abschließungsvertrag ist in der Regel gegenseitiger Vertrag; denn Leistung und Gegenleistung beider, in der Abgabe von Willenserklärungen bestehend, befinden sich im Austauschverhältnis. Jeder der Partner ist gleichzeitig Gläubiger und Schuldner, und die Verpflichtung, die jeder eingeht, ist im Vertragssinne das Entgelt für den Anspruch, den er bekommt.

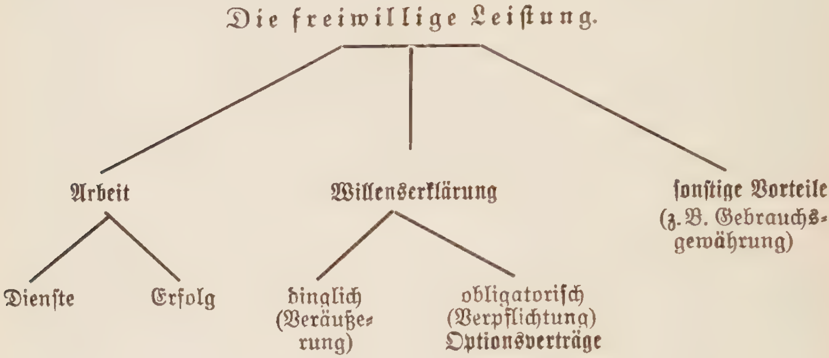
Denken wir uns nun einen solchen Vorvertrag in die Form unseres Vertrages auf freiwillige Leistung gebracht. Dann ergibt sich ein einseitiges Versprechen, die Einigungserklärung über den Hauptvertrag abzugeben, mit der Bedingung, daß der andere ebenfalls diese Erklärung abgibt. Beispiel [82]): Ein Großkaufmann will sich bei einer Zigarettenfabrik einen größeren Posten Zigaretten sichern, weiß aber noch nicht, ob er sie tatsächlich wird absetzen können. Es wird ein Optionsrecht vereinbart, d. h. der Fabrikant verspricht dem Händler, ihm den Posten zu verkaufen, falls dieser ebenfalls eine Verpflichtungserklärung abgibt. Schreibt nun der Kaufmann: „Ich nehme die Ware", so erfüllt er die Bedingung und gibt gleichzeitig seinen Antrag auf den Abschluß des Hauptvertrages ab. Damit wird automatisch sein Anspruch auf die Zustimmung zum Kaufvertrag ein unbedingter, und er kann, falls der andere sich jetzt weigern sollte, auf Abgabe der Annahmeerklärung i. S. des § 151 nach § 894 ZPO klagen [83]).

Der Unterschied zwischen dem Optionsvertrag und den oben geschilderten Kaufverträgen auf freiwillige Leistung ist darin zu sehen, daß der einseitig verpflichtende Abschließungsvertrag (Optionsvertrag) unter den Lohnversprechen, die durch Abgabe einer Willenserklärung erfüllt werden, die Eigentümlichkeit besitzt, daß diese Willenserklärung zur Herstellung eines

[82]) Vgl. den Tatbestand des Urteils des RG. in LZ. 1908 Sp. 775 Nr. 12. Die Entsch. bestimmt den Sachverhalt als eine einseitige Verkaufszusage des Beklagten. Die Anwendbarkeit des § 326, die unmittelbar als gegeben angesehen wird, läßt sich hiermit aber nicht vereinbaren. Nach unserer Ansicht müßte zunächst auf Abgabe der Zustimmungserklärung geklagt werden. Erst dann liegt ein gegenseitiger Vertrag vor. Es steht nichts im Wege, im selben Prozeß die Rechte aus § 326 geltend zu machen, wenn der andere sich von vornherein weigert, den abzuschließenden Kauf zu erfüllen.

[83]) Eine unserer Konstruktion sehr nahekommende Deutung des Optionsvertrages als eines einseitig verpflichtenden bedingten Versprechens findet sich bei Strohal aaO. S. 97.

weiteren Kausalgeschäfts dient, während sie in den anderen Fällen abstrakter Natur ist und den Übereignungstatbestand erfüllt [84]). Die Gliederung der Verträge auf freiwillige Leistung nach der Art dieser Leistung ergibt folgendes Schema:



IV.

Neben Arbeit und Willenserklärungen haben wir als Inhalt der Leistung die Gewährung anderer Vorteile gestellt. Hierher gehört z. B. die Gebrauchsgewährung aus dem Mietvertrag. Ein Mietvertrag auf freiwillige Leistung wäre es etwa, wenn ein Hauseigentümer einem Kaufmann einen in seinem Hause befindlichen Laden mit großen Schaufenstern zu Ausstellungszwecken vermietet, mit der Abrede, daß es ihm freistehen soll, ob er den Raum überhaupt hergeben will oder ihn vielleicht anderweitig besser vermietet. Die freiwillige Leistung ist hier die Gebrauchsgewährung, wenn und solange der Eigentümer die Schaufenster dem anderen zur Verfügung stellt, vollzieht er die Erfüllungshandlung, zu der er nicht verpflichtet ist, und erwirbt damit den Anspruch auf das Entgelt.

Ebenso gut ist es auch möglich, einen solchen freiwilligen Mietvertrag in die Form des Optionsvertrages zu kleiden. Es sichert sich jemand ein Wohnrecht auf einem Grundstück in der Weise, daß der Eigentümer sich ihm verpflichtet, einen Mietvertrag anzunehmen, wenn der andere ihm ein bestimmtes Angebot macht. Auch ein Optionsrecht, das auf Verlängerung eines bestehenden Vertrages gerichtet ist, kann vorkommen [85]).

---

[84]) Weitere Beispiele für Optionsverträge (Ankaufsrechte) enthalten die Entscheidungen RG. in: Warneyer 1909 Nr. 78 S. 72 f. und Warneyer 1913 Nr. 184 S. 223.

[85]) Vgl. RG. 103 S. 349 ff., insbes. S. 351.

§ 10: Gemeinsame Regeln.

Nachdem wir an einer Reihe von praktischen Beispielen die einzelnen Möglichkeiten aufgezählt haben, die der besonderen Form des Vertrages auf freiwillige Leistung offenstehen, wollen wir nun einige Grundsätze für ihre gemeinsame Behandlung aufstellen.

Es handelt sich um einseitig verpflichtende Verträge. Die §§ 320—326 sind daher auf sie nicht anwendbar, es sei denn, daß, wie etwa beim Optionsvertrag sich ein nachfolgender gegenseitiger Vertrag bildet.

Andererseits liegt immer ein Austausch von Leistungen vor. Wo daher für entgeltliche Geschäfte besondere Normen gelten, sind diese heranzuziehen. Ebenso ist es ohne weiteres klar, daß die gesamten Verbindlichkeiten auf Vertrag beruhen. Es müssen also stets die Voraussetzungen der §§ 145 ff. vorliegen. Neben den Verzugs- und Unmöglichkeitsbestimmungen haben wir auch auf die über die positiven Vertragsverletzungen herausgearbeiteten Grundsätze zurückzugreifen.

Das einseitig verpflichtende Lohnversprechen wird erst wirksam, wenn die erwünschte Handlung vorgenommen wird. Wir können also von einer Bedingung sprechen und Bedingungsrecht für anwendbar erklären. Dabei müssen wir uns darüber klar sein, daß es sich um eine besondere Art der Bedingung handelt. Die eine Eigenart des vorliegenden Tatbestandes besteht darin, daß es lediglich vom Willen des einen Partners abhängt, ob er seinen Lohnanspruch voll wirksam werden lassen will oder nicht. Bestimmungen, die dem Wesen einer solchen Machtbedingung widersprechen, wie etwa der § 162, sind daher auszuscheiden. Eine weitere Besonderheit ergibt sich daraus, daß die Bedingungserfüllung immer die Gegenleistung für die übernommene Verpflichtung ist [86]), daß sie also stets für den Partner von irgendwelchem Wert sein muß. Nur dann liegt ein Vertrag auf freiwillige Leistung vor, wenn durch die freiwillige Leistung allein der eine Teil diesen Vertrag voll erfüllt. Dabei ist er hierzu nicht verpflichtet, man pflegt zu sagen, seine Handlung befände sich nicht in obligatione, sondern in condicione.

Da die Erfüllung einer Bedingung nicht Rechtsgeschäft ist, ist Geschäftsfähigkeit für die Erbringung der Gegenleistung in der Regel nicht erforderlich. Eine Ausnahme besteht da, wo, wie etwa beim Vorvertrag auf freiwillige Leistung (Optionsvertrag), die vorzunehmende Handlung die Abgabe einer Willenserklärung enthält. Eine solche untersteht den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte.

---

[86]) Wenn Goldmann-Lilienthal (§ 180 S. 680 Anm. 7) meinen, Bedingungserfüllung und Gegenleistung seien Gegensätze, die nicht gleichzeitig vorkommen könnten, so ist dem nicht zuzustimmen.

Im übrigen ist zu sagen, daß für die einzelnen freiwilligen Schuldverhältnisse die Bestimmungen über die entsprechenden gegenseitigen Verträge ergänzend heranzuziehen sind, so etwa beim Kauf auf freiwillige Leistung die Vorschriften über die Mängelansprüche. Für diesen Fall ist das im § 493 ausdrücklich ausgesprochen.

Auch ein einseitig verpflichtender Dienst- oder Mietvertrag ist wie die gleichartige gesetzliche Vertragsart zu behandeln, soweit nicht die Besonderheit, daß der eine Teil nur freiwillig zu leisten braucht, dem entgegensteht. Eine Erfüllungsklage des Lohnversprechers ist also nie gegeben.

4. Kapitel:

Wirtschaftlich ähnlich liegende, aber rechtlich anders zu behandelnde Gebilde.

§ 11: Der Kauf auf Probe.

Wir haben bisher den Vertrag auf freiwillige Leistung nach seinen positiven Merkmalen bestimmt. Zum Schluß erscheint es uns förderlich, seine Abgrenzung von anderen Vertragsarten zu versuchen, die äußerlich ebenfalls hierher zu gehören scheinen, sich bei näherem Hinsehen aber als rechtlich ganz anders geartet herausstellen werden.

Wir beginnen mit dem sog. Kauf auf Probe, dessen Tatbestand dem § 495 zu entnehmen ist. Es handelt sich hiernach um einen Kaufvertrag, der im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen ist. Diese Billigung bezieht sich nicht etwa, wie man nach der Fassung des § 495 vielleicht annehmen könnte, auf den gekauften Gegenstand, sondern auf den Kauf als solchen. Mit anderen Worten, es kommt nicht darauf an, ob die gekaufte Sache sich als mangelfrei oder nach den Bedürfnissen des Käufers als brauchbar erweist, sondern nur darauf, ob der Käufer innerhalb einer bestimmten Zeit erklärt, daß er dem Kauf zustimme. Sein Wille ist an irgendwelche objektiven Umstände nicht gebunden, sondern die Billigung steht in seinem freien Ermessen, und auf die Beweggründe kommt es nicht an. Die Ablehnung bedarf keiner sachlichen Begründung [87]). Man bezeichnet den Sachverhalt daher besser als einen Kauf auf Belieben [88]).

---

[87]) Allgemein herrschende Ansicht, vgl. z. B. Staudinger § 495 Bem. 3; Planck § 495 Bem. 1; RGRK. § 495 Bem. 2.

[88]) Leonhard Bes. SchR. § 43, KS. S. 84 E 1.

Daß eine aufschiebende Bedingung vorliegt, wird heute kaum noch bestritten. Zwar hat man versucht, eine langfristig bindende Offerte oder einen Vorvertrag [89]) anzunehmen. Diese Konstruktionen sind aber angesichts des klaren gesetzlichen Wortlautes unhaltbar. Der Grund dafür, daß man eine Bedingung nicht anerkennen wollte, liegt darin, daß man im Anschluß an das gemeine Recht lehrte, eine Verbindlichkeit könne nicht vom bloßen Willen des Verpflichteten abhängig gemacht werden. Man muß sich aber darüber klar sein, daß das hier ja gar nicht der Fall ist, vielmehr die Wirksamkeit des Geschäfts nicht vom inneren Willen, sondern von der Erklärung des Willens abhängt. Dogmatische Bedenken sind daher nicht am Platze [90]). Und praktisch ist es oft von großem Vorteil, den Vertrag und seine näheren Bestimmungen schon fertig zu haben und nur die bindende Zusage einer Partei noch hinauszuschieben.

Wirtschaftlich gesehen, ist hier die Sachlage ähnlich wie bei einem Kauf auf freiwillige Leistung. In beiden Fällen erhält die eine Partei freie Hand, den beabsichtigten Austausch Wirklichkeit werden zu lassen. Hier wie dort liegt es dem einen daran, vom Gegner eine feste Zusage zu bekommen, ohne sich selbst schon zur Erfüllung zu verpflichten. Beide Male ist die Ungewißheit über die Ausführung des Geschäftes in die Rechtsfigur der Potestativbedingung gebracht. Und doch ergibt eine nähere Untersuchung der rechtlichen Beurteilung beider Tatbestände große Unterschiede.

Der Vertrag auf freiwillige Leistung ist einseitig verpflichtend, und diese einseitige Verbindlichkeit ist aufschiebend bedingt. Der andere Teil übernimmt keinerlei Bindung, auch keine bedingte Verpflichtung. Beim Kauf auf Belieben werden beide Partner zur Erbringung der übernommenen Vertragsleistung verpflichtet. Der ganze Vertrag, nicht bloß die Verbindlichkeit der einen Partei ist während des Laufens der Bedingungsfrist in der Schwebe. Der Hauptunterscheidungspunkt liegt aber in dem Verhältnis zwischen Bedingungserfüllung und Gegenleistung. Als wesentliches Merkmal des Vertrages auf freiwillige Leistung hatten wir verlangt, daß die freiwillig erbrachte Leistung stets einen selbständigen Wert darstellt und als solche das vertragsmäßige Entgelt für den durch ihre Erbringung erworbenen Anspruch bildet. Beim Kauf auf Belieben hat die Billigungserklärung nichts mit der Vertragsgegenseitigkeit zu tun und übt keinen Einfluß auf die Gleichgewichtslage der Austauschbeziehungen aus. Ein Kauf auf Probe ist stets gegenseitiger Vertrag, ein Kauf auf freiwillige Leistung nie.

---

[89]) Walsmann aaO. S. 275 ff.

[90]) Näheres über die Zulässigkeit der Wollensbedingung mit eingehender Erörterung der römischen Quellen siehe bei Leonhard Iher. Jahrb. 39 S. 174 ff.

Dagegen ist es für die Trennung beider Gebilde nicht von Bedeutung, ob eine Willenserklärung oder eine sonstige menschliche Handlung die Bedingung auszulösen hat. Der Optionsvertrag geht nur auf Abgabe von Willenserklärungen und ist doch ein Vertrag auf freiwillige Leistung. Denn das Angebot zum Hauptvertrag, das hier die bedingungserfüllende Handlung darstellt, ist die gleichwertige Gegenleistung für die versprochene Annahme. Nur auf diese beiden Erklärungen sind die Austauschbeziehungen beim Optionsvertrag gegründet, die spätere Erfüllung ist erst eine Folge des Hauptvertrages und bleibt vorläufig ganz außer Betracht.

Wenn man die angegebene Unterscheidung fallen läßt, so verwischt man damit völlig jeden Unterschied zwischen dem Kauf auf Probe und einem Optionsvertrag. Man kommt dann entweder dazu, jedes Ankaufsrecht wie einen Kauf auf Probe zu behandeln[91]) und damit dem Berechtigten Verpflichtungen aufzuerlegen, die mit seiner Stellung nicht im Einklang stehen. Oder man gerät andererseits in die Lage, auch den Kauf auf Belieben als einen durch Gegenversprechen bedingten e i n s e i t i g e n Vertrag zu bezeichnen[92]). Das steht aber im klaren Widerspruch zu der Auffassung des Gesetzes, das sich für einen aufschiebend bedingten K a u f , also ein gegenseitiges Geschäft, ausspricht.

§ 12: Wiederkauf und Vorkauf.

Dem Kauf auf Probe nahe verwandt sind der Wiederkauf und der Vorkauf. Über ihre rechtliche Konstruktion sind die verschiedenartigsten Theorien aufgestellt worden. Auf all diese im einzelnen hier einzugehen, ist nicht unsere Aufgabe. Wir wollen nur aufzeigen, daß es am zweckmäßigsten ist, auch diese beiden Gebilde in die Beliebensverträge einzureihen und ferner einen Vergleich mit den Verträgen auf freiwillige Leistung durchführen.

I.

Nach § 497 kann in einem Kaufvertrag vereinbart werden, daß der Verkäufer das Recht haben soll, den betreffenden Gegenstand zurückzukaufen. Der Wiederkauf kommt dann mit der Erklärung des Verkäufers, daß er sein Recht ausübe, zustande. Da ein Schuldverhältnis, auf Grund dessen ein Anspruch auf Rückübereignung entstehen soll, zweiseitiger Natur sein muß, so steht nichts im Wege, in der im ersten Kaufvertrag enthaltenen Vereinbarung, daß der Käufer zur Rückübertragung verpflichtet sein soll, einen weiteren Kauf zu erblicken. Dieser Kauf ist ebenso wie der einfache Kauf auf Belieben aufschiebend bedingt durch die Willenserklärung einer Partei, daß

---

[91]) so Staub § 373 Vorb. 22 a.

[92]) Raape aaO. S. 51.

nunmehr das Geschäft wirksam werden solle. Von dem Kauf auf Probe unterscheidet sich der Wiederkauf also nur dadurch, daß er in unmittelbarer Verbindung mit einem anderen, unbedingten Kaufvertrag abgeschlossen wird.

Diese Auffassung verdient den Vorzug, weil sie am zweckmäßigsten ist und nicht zu der recht zweifelhaften und mit gesetzlichen Bestimmungen nicht zu begründenden Annahme eines Gestaltungsrechts zu greifen braucht, vermöge dessen der Wiederkaufsberechtigte durch seine einseitige Erklärung einen neuen Kaufvertrag zustande bringt [93]). Wenn das der Fall wäre, würde man auch für die Erklärung die Form des § 313 verlangen müssen. § 497 I S. 2 bestimmt aber das Gegenteil.

Es ist auch widerspruchsvoll, zu behaupten, es werde durch die einseitige Einlösungserklärung ein auf Rückgewähr gerichtetes, gegenseitiges Schuldverhältnis zur Entstehung gebracht, das sich freilich nicht hinsichtlich des Tatbestandes, sondern nur hinsichtlich seiner Rechtswirkungen als Kauf darstellt [94]).

Gegen die Annahme eines vereinbarten Rücktrittsrechts spricht u. a. schon die Tatsache, daß der Verkaufs- und der Wiederkaufspreis ganz verschieden sein können. Auch hätte das Gesetz dann sicherlich den Ausdruck „Rücktritt" gebrauchen können, statt von einem Wieder k a u f zu sprechen.

Mit einem Vorvertrag [95]) ist es nicht vereinbar, daß der zweite Kauf annahmelos durch einseitige Erklärung zustandekommt, und daher keine Klage auf Zustimmung nötig ist. Auch die Formfreiheit läßt sich dagegen anführen.

Derselbe Umstand steht auch der Meinung entgegen, daß es sich um eine langfristige Rückkaufsofferte handele [96]). Darüber hinaus erscheint es sehr gekünstelt, sich einen Vertragsantrag mit möglicherweise dreißigjähriger Bindung vorstellen zu sollen.

Somit ist es der zweckmäßigste Ausweg, den Tatbestand in zwei Kaufträge, einen sofort wirksamen und einen aufschiebend bedingten, zu zerlegen. Auf den letzteren findet Bedingungsrecht Anwendung, und zwar handelt es sich genau wie beim Kauf auf Belieben, um eine Wollensbedingung. Da die Erfüllung der Bedingung nur Wirksamkeitsvoraussetzung und keine Austauschleistung ist, liegt auch hier kein Vertrag auf freiwillige Leistung vor.

---

[93]) So Oertmann § 497 Vorb. 2 c b; Planck 4. Aufl. § 497 Vorb. 3; Staudinger 9. Aufl. § 497 Vorb. 3; v. Tuhr III S. 278; Walsmann aaO. S. 272; Cosack I § 132 IV 1; Kohler Bürg. R. II, 1 S. 297.

[94]) Planck § 497 Vorb. 3.

[95]) Dernburg Bürg. R. § 198 I, VI.

[96]) Planck bis 3. Aufl. § 497 Vorb. 3; Endemann I S. 1012 Anm. 17; Raape aaO. S. 79 f.; Eck aaO. I § 77 S. 405.

II.

Für das dem Wiederkauf sehr ähnliche Vorkaufsrecht [97]) verdient die Theorie des aufschiebend bedingten Kaufs ebenfalls den Vorzug. Auch hier wird bei der Einräumung des Rechts ein Kaufvertrag geschlossen, der durch die einseitige Erklärung des Berechtigten wirksam wird. Die Ausübung des Rechtes ist davon abhängig, daß ein anderweitiger Kaufvertrag mit einem Dritten zustande gekommen ist. Wir beobachten hier eine ganz eigentümliche Ähnlichkeit mit dem Mäklervertrag insofern, als in beiden Fällen für die Wirksamkeit des Geschäfts die Auslösung einer doppelten Machtbedingung erforderlich ist, deren beim Verpflichteten liegender Teil gemischter Natur ist und die auf seiten des Berechtigten rein potestativen Charakter trägt. Und beide Male ist das bedingende Ereignis der Abschluß eines Vertrages. Wir haben also hier im Gebiet der Beliebensverträge ein genaues Gegenstück zu einem uns schon innerhalb der Verträge auf freiwillige Leistung bekannt gewordenen Tatbestand vor uns. Der Unterschied besteht auch in diesem Falle darin, daß der Vorkauf ein als Ganzes bedingter gegenseitiger Vertrag ist, dem eine sein Wesen nicht beeinflussende Willenserklärung hinzugesetzt wird, während beim Mäklervertrag als einseitig verpflichtendem Schuldverhältnis die bedingungsauslösende Handlung eigenen Tauschwert besitzt. — Es sei ferner noch darauf hingewiesen, daß das zeitliche und logische Verhältnis innerhalb der doppelten Wirksamkeitsvoraussetzung umgekehrt ist. Beim Mäklervertrag mußte der Vertrag infolge der Tätigkeit des Mäklers zustande gekommen sein. Beim Vorkauf kann der Berechtigte seine Erklärung erst dann abgeben, wenn der Verpflichtete einen Kaufvertrag abgeschlossen hat.

§ 13: Sonstige Beliebensverträge.

Der Kreis der Beliebensverträge ist nicht auf die im Gesetz festgelegten Formen beschränkt. Wie der Kaufvertrag, so kann jeder andere Vertrag mit der Bedingung versehen werden, daß er erst dann wirksam werden solle, wenn eine Partei eine bindende Verpflichtungserklärung abgibt. So ist ein

---

[79]) Die Ansichten über dessen Rechtsnatur sind im wesentlichen die gleichen wie beim Wiederkauf. So wird der Vorkauf als Vorvertrag von Dernburg Bürg. R. II § 196 I; als langfristiger Vertragsantrag von: Endemann I § 162, 4; Planck (bis 3. Aufl.); Eck I § 467 f. behandelt. Als Gestaltungs- oder Einlösungsrecht bezeichnen ihn: Kohler II, 1 S. 299; Cosack I § 132 III; Oertmann § 504, Vorb. 3 e; Walsmann aaO. S. 272; Planck (4. Aufl.) § 504 Vorb. 3; Staudinger § 504 Vorb. II 5; Raape S. 55. Die Theorie des aufschiebend bedingten Kaufs wird vertreten von: Crome II § 228 Nr. 1; Enneccerus I § 340 I; Warneyer § 504 Bem. 3; RG. 67, 42; 69, 281; RG. JW. 1908, 717; OLG. 1, 293.

Dienst- oder Werkvertrag auf Belieben ebenso gut denkbar wie etwa ein Gesellschaftsvertrag oder ein Auftrag mit dieser Abrede.

Auch die Eigenart des Vorkaufs läßt sich auf andere Vertragstypen ausdehnen. Namentlich sind Miet- und Pachtverträge des Inhalts häufig, daß dem einen bei Abschluß eines derartigen Vertrages ein Vormiet- oder Vorpachtrecht eingeräumt wird.

Die Beliebensverträge haben wirtschaftlich ähnliche Hintergründe wie die Verträge auf freiwillige Leistung. Immer möchte sich der eine Teil ein Anrecht auf die Gegenleistung sichern, ohne sich selbst vorerst binden zu wollen. In rechtlicher Hinsicht zeigen sich jedoch beträchtliche Unterschiede. Hier ein einseitig verpflichtendes Versprechen, aufschiebend bedingt, durch Vornahme einer eigenwertigen Erfüllungshandlung. Dort in der Regel gegenseitige, vorläufig unwirksame Verträge mit zusätzlicher Verpflichtungserklärung.

Lebenslauf.

Am 23. Mai 1911 bin ich in Tilsit als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Joseph Reiner und seiner Ehefrau Ilse geb. Kurschat geboren.

Von Ostern 1920 ab besuchte ich das Staatliche Wilhelmsgymnasium in Königsberg Pr. und erhielt dort am 1. März 1929 das Reifezeugnis. — Hierauf studierte ich Rechts- und Staatswissenschaft an den Universitäten Königsberg (SS. 29 — WS. 30/31), München (SS. 31) und Marburg (WS. 31/32 — SS. 32). Am 28. Januar 1933 bestand ich vor der Prüfungskommission bei dem Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung.

Ich wurde am 23. April zum Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Königsberg ernannt. Die mündliche Doktorprüfung habe ich am 27. Mai 1933 abgelegt. Zur Zeit bin ich zur Ausbildung am Amtsgericht in Lötzen beschäftigt.